Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn auf das Vertragsverhältnis mit dem Handlungsagenten

---

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Referendar

Heinrich Kretschmer

aus Breslau

Breslau 1933

Druck von R. Nischkowsky

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.
Correferent: Prof. Dr. Schmidt-Rimpler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung . . . . . 1—14

I. Allgemeines . . . . . 1—3

II. Begriffsbestimmung des Handlungsagenten . . . . 3—14

1. Vertragstypus . . . . . 3—4
2. Das positive Merkmal . . . . . 4—6
3. Das negative Merkmal . . . . . 6—14

B. Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn auf das Vertragsverhältnis mit dem Handlungsagenten . . . . . 15—62

Erster Titel: Die Behandlung gegenseitiger Verträge in der Vergleichsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Dienstvertrags . . . . . 15—36

I. Die Beteiligung am Vergleichsverfahren nach dem Grundsatz des § 2 VglO . . . . . 15—16

II. Die Ausnahmevorschrift des § 4 VglO für gegenseitige Verträge, die noch nicht erfüllt sind . . . 16—18

III. Die Anwendung des § 4 VglO auf Dienstverträge . . 18—23

1. Der Dienstvertrag als dauerndes Schuldverhältnis . 18—19
2. Der Dienstvertrag auf bestimmte Zeit . . . . 19—20
3. Der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit . . . . 21—23

IV. Die vorzeitige Vertragsabwicklung nach §§ 28, 29 VglO 23—29

1. Die zu Grunde liegenden Billigkeitserwägungen . . 23—24
2. Ablehnung und Kündigung nach §§ 28, 29 VglO . 24—25
3. Die Ermächtigung . . . . . 25—27
4. Die Wirkung der vorzeitigen Vertragslösung . . 27—28
5. Spezialfragen . . . . . 28—29

V. Der Schadensersatzanspruch aus § 30 VglO . . . 29—30

VI. Einzelfragen . . . . . 30—36

1. Die Rechtslage bei Teilleistungen . . . . . 30—31
2. Die Abdingbarkeit der §§ 28—30 VglO . . . . 31—34
3. Freiwillige Beteiligung eines nichtbeteiligten Gläubigers . . . . . 34—36

Seite

Zweiter Titel: Die Anwendung der vergleichsrechtlichen Vorschriften auf den Agenturvertrag . . . . . 36—62

I. Der Handlungsagent als beteiligter Gläubiger nach § 2 VglO . . . . . 36—47

1. Die Ansprüche des Agenten als „begründete Vermögensansprüche“ . . . . . 36—41

2. Bevorrechtigte Stellung des Agenten im Konkurs des Geschäftsherrn? . . . . . 42—47

II. Der Agenturvertrag unter dem Gesichtspunkt des § 4 VglO . . . . . 47—57

III. Die Kündigung des Agenturverhältnisses nach § 29 VglO, ihre Wirkungen, sowie die Wirkungen der unterlassenen Kündigung . . . . . 57—60

IV. Einzelfragen . . . . . 60—62

1. Die Behandlung der Provisionsansprüche aus den bei Vergleichseröffnung noch nicht erfüllten Verträgen . . . . . 60—61

2. Ansprüche des Agenten aus Geschäften, die erst nach Vergleichseröffnung zustande kommen 61

3. Die Rechtslage bei Teilleistungen . . . . . 61—62

C. Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn auf den Agenturvertrag nach dem Entwurf einer VglO . . . . . 62—63

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Wünsche zur Neuordnung des Rechts der Handlungsagenten in ZBH 1929/78 ff.

Albrecht u. Tentler, Das Recht der Agenten nach Deutschem Handelsrecht. Ein Kommentar zu §§ 84—92 HGB, Berlin 1908.

Amon, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse. Diss. Erlangen 1896.

Becker, Handlungsagent und Handelsmäkler. Ein Vergleich. Diss. Erlangen 1913.

Behm, Der Handelsagent. Berlin 1913.

Behm, Wirtschaftsentwicklung und Handelsvertreterberuf. Berlin 1928.

Bell, Der Bezirksagent nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch. Diss. Göttingen 1931.

Bendix, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927, Leipzig 1927.

Bendix, Aus der Praxis des neuen Vergleichsrechts in JW 1928/1125.

Boltze, Der Handlungsagent nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch. Diss. Erlangen 1905.

Brass, Die praktische Handhabung des § 28 VglO durch den Vergleichsrichter in KuT 1931/114.

Brauer, Die Pfändbarkeit zukünftiger Provisionsansprüche in DHZ 1932/369.

Cahn, Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich, München 1917.

Cahn, Kommentar zur Vergleichsordnung 1927.

Cahn, Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses in seiner neuesten Form in KuT 1927/7 ff.

Cahn, Die gegenseitigen Verträge der Vergleichsordnung in KuT 1927/148.

Cahn, Geschäftsaufsichtsverordnung und Vergleichsordnung in RuH 1927/610.

Cahn, Zur Auslegung des § 17 KO in KuT 1929/185.

Cahn, Aus der neuerlichen Praxis des gerichtlichen Vergleichsverfahrens. I. Der Handelsvertreter vom Gesichtspunkt der §§ 4 u. 28 VglO aus. In KuT 1932/31.

Cahn, Die Streitfragen der Praxis des Vergleichsverfahrens in JW 1932/150 ff.

Cahn, Erfahrungen und Entscheidungen aus der Vergleichsordnung in JW 1932/2555 ff.

Carlebach, Kann der Vergleichsschuldner auf die Rechte aus § 28 VglO durch Parteiabrede im voraus verzichten? In KuT 1931/163 ff.

Cohn, Georg, Das Wahlrecht des Konkursverwalters und der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners in § 17 KO. Diss. Jena 1909.

Cohn, Heinz, Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren in JW 1930/2759 ff.
Danielczik, Zur arbeitsrechtlichen Stellung der Reisevertreter in JW 1930/3074 ff.
Dathe, Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Diss. Leipzig 1908.
Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB und eines EG in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.
Deutscher Handelsvertreter-Kalender 1932, Herausgegeben im Auftrage des Centralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine. Berlin 1932.
Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früheren und jetzigen Recht. Diss. Leipzig 1903.
Düringer, Hat der Handlungsagent im Konkurs des Geschäftsherrn ein Vorrecht? Im „Recht" 1902/601 ff.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1930—32.
Eisold, Vergleichsordnung, Berlin 1931.
Entwurf des Centralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine für eine Änderung des Handelsgesetzbuches und der Konkursordnung zwecks Neuordnung der rechtlichen Grundlagen für die Handelsvertreter. (Zitiert als Centr. Verb. Entw.)
Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1933. (Zitiert als VglO Entw.)
Fuchs, Das Reichsarbeitsgericht zu § 11 GAVO in ZBH 1929/189 ff.
v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932.
v. Gierke, Otto, Dauernde Schuldverhältnisse in Jherings J. Bd. 64 S. 355.
v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht III. Bd. Schuldrecht 1917.
Goldmann, Kurt, Wirtschaftsrechtliche Grundlagen eines Ausgleichsverfahrens und die Neugestaltung der Vergleichsordnung in ZHR 97/153.
Goldmann, S., Kommentar zum HGB, Berlin 1901—1906.
Grimm, Begründete Vermögensansprüche (§ 3 KO) Diss. Frankfurt 1927.
Grossmann, Die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden, Diss. Leipzig 1911.
Heine, Der Provisionsanspruch des Handlungsagenten, Diss. Göttingen 1931.
Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, mit Einleitung von Hoeniger, 3. Aufl. 1922.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 1. u. 2. Aufl. 1930.
Hühner, Die Rechtsstellung des Handlungsreisenden, Diss. Köln 1930.
Hütter, Das Recht des Handlungsagenten nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Diss. Leipzig 1910.
Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, Breslau 1900.
Jacob, Der Handlungsagent nach dem HGB, Diss. Leipzig 1907.
Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.
Jacusiel, Alfred, Wie verhält sich der Handelsvertreter im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma? In DHZ 1931/102 ff.
Jacusiel, Kurt, Der Handelsvertreter im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma in DHZ 1931/57 ff.
Jacusiel, Kurt u. Alfred, Das Recht der Agenten und Mäkler, Heft 1, Das Recht der Agenten, 3. Aufl. Berlin 1925.
Jaeger, Aus der Praxis des Konkursrechts LZ 1912 Sp. 286 ff.
Jaeger, Kommentar zur KO 5. Aufl. 1914—1916.

Jaeger, Kommentar zur KO 6.—7. Aufl. §§ 1—46, 1931.
Jaeger, Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung, 1917.
Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Jaffa, Das Recht des Vermögensverfalls. 1. Bd. Gesetz über den Vergleich der Abwendung des Konkurses. Berlin 1927.
Jung, Die rechtliche Stellung des Handlungsagenten in der geschichtlichen Entwicklung. Diss. Jena 1919.
Kaatz, Einwirkungen des Konkurses auf gegenseitige Verträge. Diss. Rostock 1907.
Kaiser, Beiträge zur Lehre von der Handlungsagentur. Diss. Breslau 1901.
Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 4. Aufl. 1932.
Kiesow, Vergleichsordnung 3. Aufl. 1931, 4. Aufl. 1932.
Kippenberg, Der Einfluß des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Diss. Leipzig 1907.
Klewitz, Sukzessivlieferungsverträge im Vergleichsverfahren in KuT 1927/150.
Klotz, Bedarf jede Kündigung eines Vergleichsschuldners der Ermächtigung des Gerichts? in NZfArbR 33/127.
Krückmann, Einige Bemerkungen zu den „dauernden Schuldverhältnissen" in Jherings J. Bd. 66/1 ff.
Kühlewein, Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters aus beiderseitig unerfüllten Verträgen im Vergleichsverfahren des Geschäftsherrn, in ZBH 1932 S. 20 ff.
Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts 3. Aufl. 1921.
Lenhoff, Makler, Agenten und Angestellte, Wien 1922.
Lenz, Das Wiederkehrschuldverhältnis. Ein Beitrag zu der Lehre von den Dauerschuldverhältnissen. Diss. Marburg 1930.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB Bd. 1 1929.
Levy, I-Düsseldorf, Die Stellung des Handelsvertreters im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma in der „Post" 1931 S. 330.
Levy, Leopold, Sukzessivlieferungsverträge im Vergleichsverfahren. In KuT 1928 S. 80.
Levy, Leopold, Beteiligung eines nicht beteiligten Gläubigers am gerichtlichen Vergleichsverfahren. In KuT 1933/23 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.
Lucas, Die neue Vergleichsordnung, Berlin 1927.
Maas, Die Wirkung der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters. Diss. Jena 1915.
Maeder, Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge. Berliner Prozeßrechtliche Abhandlungen 1929.
Martin, Der Handlungsagent, Diss. Jena 1911.
Mayer, Kommentar zur Vergleichsordnung, München 1928.
Mentzel, Kommentar zur KO, 4. Aufl. 1932.
Methner, Der kaufmännische Agent, Leipzig (Huberti).
Meyer, Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters bei Nichtausführung der von ihm vermittelten Geschäfte. ZBH 1929/114.
Molitor, Handelsrecht und Arbeitsrecht. In ZBH 1928/33 ff.
Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages 1925 (Heft 7 der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig).
Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag, in Gruchots Beitr. Bd. 64/508 ff.
Nagel, Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren, Diss. Heidelberg 1929, auch Heidelbg. Rechtsw. Abhandl. Nr. 5 1929.

Neesse, Die Kündigung der Angestellten und Arbeiter nach § 11 GAVO und §§ 29, 28 VglO, in KuT 1929 S. 51.

Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926. (Heft 11 der Schriften d. Instituts f. Arbr. a. d. Univ. Leipzig.)

Oetker, Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. In ZZP Bd. 14, S. 1 ff.

Penner, Das Recht der Handlungsagenten nach dem HGB. Diss. Leipzig 1905.

Pinner, Die ersten Kommentare zu der neuen Vergleichsordnung und ihre Stellung zu Zweifelsfragen. In ZHR 91/384 ff.

Pünder, Die Wirkungen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters auf den gegenseitigen Vertrag. Diss. Würzburg 1914.

Rehme, Die Stellung der Handelsvertreter im geltenden Recht, in ZHR 52/446.

Reich, Der Handlungsagent nach dem HGB, Diss. Leipzig 1910.

Riesenfeld, Zur Pfändung künftiger Provisionsansprüche des Agenten, in LZ 1932 Sp. 1419 ff.

Riesenfeld, In JW 1932/758 Nr. 6 (Anm.)

Rohde, Der Handlungsagent nach dem HGB. Diss. Leipzig 1910.

Rossner, Der Handlungsagent nach dem HGB, Diss. Leipzig 1909.

Rühl, Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. ZZP 56/154 ff.

Rumpf, Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte in Arch. Ziv. Pr. 119/1—157.

Sachs, Die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge des Gemeinschuldners auf Grund der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters. Diss. Rostock 1915.

Salomon, Einfluß des Vergleichsverfahrens auf gegenseitige Verträge. In RuH 1927/615 ff.

Salomon, Kommentar zur Vergleichsordnung 1927.

Salomon, In JW 1931/2187 Nr. 14 (Anm.)

Samolewitz, Kommentar zur VglO. 2. Aufl. 1929, 3. Aufl. 1933.

Samolewitz, Zweifelsfragen in der VglO in JW 1927/2401.

v. Sarwey-Bossert, Kommentar zur KO 4. Aufl. Berlin 1901.

Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent in Ehrenbergs Handb. 5. Bd. 1. Hälfte, 1926.

Schmidt-Rimpler, Bedingen die gegenwärtigen wirtschaftlichen Umwälzungen eine Änderung der Rechtsstellung des Handelsvertreters? Referat auf dem 10. Allg. Deutschen Handelsvertretertag, in Stuttgart 1931, Verhandlungsbericht S. 30 ff. (Zitiert Schmidt-Rimpler, Verhandlungsbericht.)

Schmidt-Rimpler, In JW 1930/1433 Nr. 4 (Anm.).

Schmitz, Der Handelsvertreter im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma. In DHZ 1931/58 ff.

Schmitz, In DHZ 1931/394.

Schmitz, In DHZ 1932/97.

Schrader, Das Erfüllungs- und Ablehnungsrecht des Konkursverwalters in § 17 KO. Diss. Göttingen 1931.

Schulte, Arbeitnehmerähnliche Personen und Arbeitsgerichtsgesetz. Diss. Bonn 1930.

Schumann, Ist im gerichtlichen Vergleichsverfahren der Schuldner an einen vorher mit einem Lieferanten vereinbarten Verzicht auf das Lossagungsrecht aus § 28 VglO gebunden? In KuT 1931/177 ff.

Simons, Die rechtliche Stellung der Handelsvertreter nach geltendem Recht und unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der modernen Gesetzgebung. Diss. Erlangen 1931.

Sperling, Die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen 1908.
Staub, Kommentar zum HGB 12.—13. Aufl. 1926.
Staub, Kommentar zum HGB 14. Aufl. Bd. 1 §§ 1—177 1933.
Staudinger, Kommentar zum BGB und dem EG 9. Aufl.
Stein-Jonas, Die ZPO für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1929.
Steindler, Der Einfluß des Vergleichsverfahrens auf Versicherungsverträge. Diss. Hamburg 1931.
Stritzke, Vergleichsordnung und Arbeitsrecht. In KuT 1927 S. 134 ff. u. 147 ff.
Stritzke, Pfändung von Provisionsforderungen der Vertreter in KuT 1931/87.
Stumm, Beiträge zur Lehre von dem Handlungsagenten und den Mäklern. Diss. Heidelberg 1913.
Tentler, In JW 1932/3488 Nr. 25 a. (Anm.).
Thomer, Die Rechtsstellung der Handlungsagenten. Diss. Erlangen 1898.
Titze, Das kaufmännische Personal in Ehrenbergs Handb. Bd. 2 S. 544 ff.
Ullmann, Der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses und der Fernsprechvertrag in KuT 1932/177 ff.
Ullmann, Der Einfluß des Konkursverfahrens auf Wiederkehrschuldverhältnisse, Leipzig 1933 (Heft 76 der Leipz. rechtsw. Studien).
Unger, Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf schwebende Rechtsverhältnisse. Diss. Breslau 1912.
Verhandlungen des Reichstags 3. Wahlperiode 1924.
Vogels, Zum Entwurf einer neuen Vergleichsordnung, in JW 1933 S. 993 ff.
Vorchheimer, Die Stellung des Handelsvertreters im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma. In der „Post" 1931/330.
Warncke, Ist der Vertreter Handlungsgehilfe oder Handlungsagent? Ist das Arbeitsgericht im Streitfall zuständig? In ZBH 1928/181 ff.
Weinberg, Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, 2. Aufl. 1924.
Weinberg-Manasse, Kommentar zur Vergleichsordnung, 4. Aufl. 1932.
Weitzmann, Kann der Vergleichsschuldner auf die Rechte aus § 28 VglO durch Parteiabrede verzichten? In KuT 1931/178 ff.
Wieland, Handelsrecht, München 1921/1931.
Wieruszowski, Die Vergleichsordnung, Leipzig 1927.
Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl. Berlin 1906.
Wirtz, Die Ablehnung der Erfüllung zweiseitiger Rechtsgeschäfte durch den Konkursverwalter nach § 17 KO. Diss. Greifswald 1912.
Wüstendörfer, Der Handlungsagent als Rechtstypus. In ZHR 58/118 ff.
Zehnter Allgemeiner Deutscher Handelsvertretertag. Stuttgart 1931. Verhandlungsbericht erschienen im Verlag des Centralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine, Berlin NW 7, 1931.

Archiv für die zivilistische Praxis (ACivPr)
Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. (ArbR)
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruchots Beitr.)
Deutsche Handelsvertreterzeitung. Herausgegeben vom Centralverband Deutscher Handelsvertreter-Vereine, Sitz Berlin NW 7. (DHZ)

Deutsche Juristenzeitung. (DIZ)
Deutsche Richterzeitung. (DRZ)
Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage der Juristischen Rundschau. (HRR)
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. (JheringsJ)
Juristische Wochenschrift. (JW)
Konkurs- und Treuhandwesen. Monatsschrift für Wirtschaft u. Recht. (KuT)
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. (LZ)
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. (NZfArbR)
Die Post reisender Kaufleute Deutschlands, Berlin SW 68. („Post")
Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker. („Recht")
Recht und Handel. Monatsschrift aus der Praxis für Handel, Industrie und Verkehr. (RuH)
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. (ZHR)
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. (ZZP)
Zentralblatt für Handelsrecht. (ZBH)

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts. (RArbGer)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG)
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. (Bensh. Samml.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen. (OLG)

A. Einleitung.

I. Allgemeines.

Die Aufgabe der folgenden Untersuchung soll es sein, darzulegen, welchen Einfluß die Eröffnung des Vergleichsverfahrens [1]) über das Vermögen des Geschäftsherrn auf den zwischen diesem und dem Handlungsagenten (§§ 84 ff. HGB) geschlossenen Vertrag hat.

Die erhebliche praktische Bedeutung unseres Themas ergibt sich aus zwei Gesichtspunkten: Die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre hat es mit sich gebracht, daß ein ständig wachsender Personenkreis sich dem Beruf des Handlungsagenten zugewandt hat. Die Hinzugekommenen sind teils frühere kaufmännische Angestellte, die ihre Stellung verloren haben, teils sind es Kaufleute, die ihr eigenes Erwerbsgeschäft aufgeben mußten. Beiden Kategorien gemeinsam ist der Wunsch, sich eine neue Existenz aufzubauen, und hierfür erscheint der Beruf des Agenten besonders geeignet, weil zu ihm ein verhältnismäßig geringes Betriebskapital und eine wenig umfangreiche Organisation erforderlich ist.

Der zweite Gesichtspunkt aber ist folgender: Zahlungseinstellungen, Konkursverfahren und Vergleichsverfahren auf Seiten der vertretenen Firmen, der „Geschäftsherren" haben in den vergangenen Jahren in erheblichem Maße zugenommen. Kommt es zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn, so befinden sich unter seinen Gläubigern meist auch die für ihn tätigen Agenten, die Provisionsforderungen und Auslagen geltend machen.

Ist jedoch der Handlungsagent für die im Vergleichsverfahren befindliche Firma ausschließlich oder in der Hauptsache tätig, dann wird die Beantwortung der hier zu untersuchenden Fragen, insbesondere die Frage, ob der Agent hinsichtlich seiner Forderungen am Vergleichsverfahren beteiligt ist und von dem Vergleich betroffen wird, erhöhte Bedeutung gewinnen, da seine Forderungen zum Teil bare Auslagen, zum Teil das Entgelt für seine Tätigkeit, das durch Aufwendungen erheblicher Arbeits-

---

[1]) Genauer Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses. (Ges. über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses — Vergleichsordnung — vom 5. Juli 1927 BGBl. I/139.)

leistungen, häufig auch durch auf eigene Kosten unternommene Reisen erzielt worden ist, darstellen.

So ist es erklärlich, daß die wichtigste der in dieser Abhandlung zu untersuchenden Fragen, nämlich die der Beteiligung des Agenten am Vergleichsverfahren der von ihm vertretenen Firma, auf Seiten der Agenten bereits seit einigen Jahren lebhaft erörtert wird. Insbesondere hat diese Frage durch die Tätigkeit der Organisation der deutschen Handlungsagenten, des „Zentralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine" in Berlin und in der von diesem herausgegebenen Zeitschrift, der „Deutschen Handelsvertreter-Zeitung" [2] [3] (zitiert DHZ) sowie in der den Kreisen der Handlungsagenten nahestehenden „Post reisender Kaufleute Deutschlands" [4] vielfache Bearbeitung und wertvolle Förderung erfahren.

Die vergleichsrechtliche Literatur [5] beschäftigt sich ebenso wie das handelsrechtliche Schrifttum [6] mit den uns interessierenden Fragen nur vereinzelt. An Rechtsprechung ist ein Beschluß des Landgerichts Wuppertal [7] sowie ein Urteil des Landgerichts Köln [8], das vom Oberlandesgericht Köln [9] bestätigt wurde, bekannt geworden.

Über diese praktische Bedeutung unseres Themas hinaus erschien es interessant, zu untersuchen, welches Schicksal der Agenturvertrag im Vergleichsverfahren des Geschäftsherrn erleiden würde: Der Handlungsagent ist gewissermaßen Bürger zweier Welten [10]. Auf der einen Seite steht er als selbständiger Gewerbetreibender den Angestellten fern, auf der anderen Seite

---

[2]) Deutsche Handelsvertreter-Zeitung. Herausgegeben vom Centralverband Deutscher Handelsvertreter-Vereine (Sitz Berlin), Berlin NW 7, Georgenstraße 47.

[3]) Vgl. Albrecht (auf der Handelsvertreterkundgebung am 29. Januar 1933) in DHZ 1933/34; Jacusiel Alfred in DHZ 1931, 102 ff.; Jacusiel, Kurt in DHZ 31/57 ff.; Schmitz in DHZ 1931/58 ff.; 1931/393 und 1932/97. Vgl. weiterhin DHZ 1931/158; 1932/306 sowie Deutscher Handelsvertreter-Kalender 1932, S. 49 ff.

[4]) Die „Post reisender Kaufleute Deutschlands", Zeitschrift des Verbandes reisender Kaufleute Deutschlands e. V., Berlin SW 68 (zitiert „Post"). Vgl. Levy-Düsseldorf und Vorchheimer in „Post" Nr. 19/1931 sowie „Post" Nr. 20/1931: Die Stellung des Handelsvertreters im Vergleichsverfahren der vertretenen Firma.

[5]) Cahn in KuT 1932/31; Kiesow VglO 4. Aufl. 1932 § 29 Anm. 30 a; Levy in KuT 1932/150; Weinberg-Manasse 4. Aufl. 1932 § 4 Anm. 5 S. 56.

[6]) Schmidt-Rimpler erörtert im Handb. S. 311 die Stellung des Agenten im Geschäftsaufsichtsverfahren. Die Stellungnahme der neuen (14. Aufl.) des Staub'schen Kommentars (§ 92 A. 12) ist unklar. Ausführlicher vgl. dagegen Kühlewein in ZBH 1932/20.

[7]) Landgericht Wuppertal in DHZ 1931/198.

[8]) Landgericht Köln Urteil 25. O. 177/31 vom 26. Oktober 1931, abgedruckt in DHZ 1931/393.

[9]) Oberlandesgericht Köln Urteil 3. U. 502/31 vom 10. Februar 1932 in DHZ 1932/97 = JW 1932/3730 Nr. 9.

[10]) Vgl. die Ausführungen von Schmidt-Rimpler auf dem 10. Allgem. Handelsvertretertag 1931, Verhandlungsbericht S. 30 ff.

nähert er sich ihnen und entfernt sich gleichzeitig von dem selbständigen Unternehmer insofern, als seine Tätigkeit nur „Mittlertätigkeit im eigentlichen Sinne, also Arbeitsleistung ist und zwar eine solche, die sich in einem Dauerverhältnis zu dem Geschäftsherrn vollzieht“ [11]). Aus diesem Grunde ist es auch erforderlich, eingangs unserer Untersuchung eine Begriffsbestimmung des Handlungsagenten zu geben und ihn insbesondere von dem Handlungsgehilfen scharf abzugrenzen.

II. Begriffsbestimmung des Handlungsagenten [12]).

1. Vertragstypus.

Beim Dienstvertrag (§ 611 BGB) wird nach herrschender Meinung die Arbeit, die Tätigkeit als solche geschuldet, und zwar ein bestimmtes Maß einzelner Dienstleistungen, beim Werkvertrag (§ 631 BGB) dagegen ein Werk, ein Arbeitserfolg und zwar ohne Betrachtung der zur Vollendung erforderlich gewesenen Einzeldienstleistungen unter eigener Verantwortung des Leistenden [13]).

Der Handlungsagent verpflichtet sich gegenüber dem Geschäftsherrn lediglich zum Tätigwerden durch Besuche bei der Kundschaft, Versorgung mit Angeboten, kurz durch „Aufwendungen von Bemühungen um das Zustandekommen von Verträgen“ [14]). Eine Verpflichtung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges übernimmt der Handlungsagent nicht. Er kann eine derartige Verpflichtung garnicht übernehmen, weil der Erfolg seiner Tätigkeit nicht allein von ihm, sondern in hauptsächlicher Beziehung von der freien Willensentschließung desjenigen, mit dem ein Geschäft vermittelt oder abgeschlossen werden soll, abhängt. Auch liegt dem Handlungsagenten neben seiner Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit in besonderem Maße eine Interessenwahrung ob, die sich unter den Begriff des Werkvertrags nicht einordnen ließe.

Der Handlungsagenturvertrag ist somit eine Unterart des Dienstvertrages im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Er ist auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet, so daß § 675 BGB Anwendung findet. Die Entlohnung des Agenten nach dem Erfolg

---

11) Schmidt-Rimpler Verhandlungsbericht S. 34.

12) An dem Ausdruck „Handlungsagenten“ ist de lege lata festzuhalten, (so auch Staub 14. Aufl. § 84 A. 1 und Jacusiel 3. Aufl. Vorwort), wenn auch Simons (S. 11 ff.) zuzugeben ist, daß dieser Ausdruck in der Verkehrssprache unseres Wirtschaftslebens niemals recht heimisch geworden ist. De lege ferenda erscheint die Bezeichnung „Handelsvertreter“ wünschenswert. Vgl. auch den Centr. Verb. Entw. und die dort gegebene Begründung.

13) Staudinger 9. Aufl. vor § 611 I, c.

14) Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 14.

seiner Tätigkeit steht dieser Annahme nicht entgegen [15]). Allerdings weist der Agenturvertrag wegen der später noch zu erörternden Selbständigkeit des Agenten gewisse Besonderheiten auf [16]).

2. Das positive Begriffsmerkmal.

Die Begriffsbestimmung des Handlungsagenten wird in § 84 Abs. 1 HGB gegeben [17]). Danach ist Handlungsagent derjenige, der

1. ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen (positives Merkmal),
2. ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein (negatives Begriffsmerkmal).

Der Handlungsagent soll Geschäfte vermitteln oder im Namen eines anderen abschließen [18]). Unter „Vermitteln" haben wir hierbei die Tätigkeit zu begreifen, die darauf gerichtet und generell oder in concreto dazu geeignet ist, bei den beteiligten Parteien oder einer von ihnen durch „psychische Einwirkungen die psychischen Voraussetzungen für den Abschluß eines Geschäfts zu schaffen". Besteht die Tätigkeit der Hilfsperson dagegen darin, daß von ihr lediglich die Gelegenheit zu Vertragsabschlüssen nachgewiesen wird, so liegt zwar ein „Vermitteln" in dem weiten Sinne des Sprachgebrauchs, nicht aber ein „Vermitteln" im Sinne des BGB und HGB vor [19]).

Auch im Abschluß von Geschäften im Namen des Geschäftsherrn kann die Tätigkeit des Handlungsagenten bestehen. Hierin liegt der Unterschied zum Handelsmäkler, der nur vermittelt. Der gegen die Formulierung des Gesetzes erhobene Einwand Staubs (§ 84 A. 8 Abs. 2) ist nicht zutreffend, da es sich von selbst versteht, daß dem Abschluß eines Geschäfts gewisse Vorverhandlungen vorausgehen, die den noch nicht zum Abschluß Entschlossenen motivieren sollen. Kommt alsdann ein Abschluß zustande, so erwähnt man nur diesen, nicht aber die vorherige motivierende Tätigkeit des Agenten [20]). Mit Jacusiel (a. a. O. S. 13) ist weiterhin anzunehmen, daß in der Legaldefinition zum Ausdruck kommen soll, daß die Vermittlungstätigkeit zur

---

[15]) RG 87/443; RG 95/135; Albrecht-Tentler S. 21; Düringer-Hachenburg vor § 84 A. 2; Reich S. 30 ff.; Rohde S. 19 ff.; Roßner S. 9 ff.; Simons S. 12 ff.; Schmidt-Rimpler S. 13 ff.; Staub § 84 A. 4.

[16]) Julius v. Gierke, Handelsrecht § 26 S. 145 und die dort angegebene Literatur.

[17]) Diese Legaldefinition schließt sich im wesentlichen an die grundlegende RGE vom 2. Juli 1892 (RG 31/59 ff.) an.

[18]) Vgl. zum Folgenden Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 8 ff.

[19]) Für jene Tätigkeit hat die Gesetzessprache den Begriff des Nachweises der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages geprägt. (Vgl. § 652 BGB).

[20]) Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 10.

Qualifizierung als Agent bereits genügt, daß aber auch der Agent, der Abschlußvollmacht hat und eine entsprechende Tätigkeit ausübt, noch im Rahmen des § 84 HGB bleibt. Beim Abschluß zeigen sich deutlich die Unterschiede zwischen dem Agenten und dem Kommissionär. Während letzterer stets im eigenen Namen für fremde Rechnung, also als indirekter Stellvertreter, tätig wird, erfolgt der Geschäftsabschluß seitens des Agenten in fremden Namen und für fremde Rechnung. Berechtigungen und Verpflichtungen aus den abgeschlossenen Geschäften entstehen unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn, ohne daß es einer Abtretung bedarf. („Direkte Stellvertretung".)

Der Geschäftsherr, für den der Agent tätig wird, muß, wie sich daraus, daß die Vermittlung oder der Abschluß für das Handelsgewerbe eines anderen erfolgen soll, ergibt, Kaufmann sein: Ob er Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist, ob er Scheinkaufmann im Sinne des § 5 HGB ist oder sich gar nur als Kaufmann geriert, ist ohne Bedeutung. Ist der Geschäftsherr kein Kaufmann, so ist der Agent nur sogenannter „Zivilagent" [21]). Für die Tätigkeit des Agenten kann jedes Gewerbe in Frage kommen, auch das eines Handlungsagenten [22]).

Mit dem Erfordernis der „Ständigkeit" wird die Abgrenzung zum Handelsmäkler gegeben, der nicht für eine bestimmte Firma als solcher bestellt wird, sondern von Fall zu Fall Aufträge erhält [23]). Die Ständigkeit im Sinne dieser Bestimmung wird von den meisten [24]) dahin ausgelegt, daß das Handlungsagenturverhältnis „ein auf die Dauer berechnetes Verhältnis" zu dem Geschäftsherrn erfordere. Daß mit dieser Bestimmung das Begriffsmerkmal der Ständigkeit in der Betrauung nicht klar erfaßt wird, hat Schmidt-Rimpler [25]) m. E. überzeugend dargetan. Nicht zum Ausdruck kommt in dieser Bestimmung des Merkmals der Ständigkeit, daß eine einheitliche Verpflichtung des Handlungsagenten vorliegen muß und daß diese auf Vermittlung einer „Mehrzahl von Geschäften" geht, die „in der Vertragszeit nacheinander in einer dem Betrieb des geschäftsherrlichen Handelsgewerbes entsprechenden Aufeinanderfolge geschlossen werden sollen" (Schmidt-Rimpler S. 15 ff.). Der „Sinn dieser Dauer" liegt gerade darin, daß „eine sich durch den Plan der geschäftsherrlichen Organisation verbundene Mehrzahl von Geschäften vermittelt werden soll, so daß lezten Endes nicht einzelne Geschäfte, sondern „das Geschäft" in der ver-

---

21) Albrecht-Tentler S. 8; Jacusiel S. 15; Hütter S. 7; Methner S. 4; Staub § 84 A. 9. Wie weit auf diese Zivilagenten die Vorschriften über Handlungsagenten Anwendung finden, kann dahingestellt bleiben.

22) Schmidt-Rimpler S. 11.

23) Denkschrift II S. 73.

24) RG 95/134; OLG Karlsruhe in OLGE 12/423; Boltze S. 16; Immerwahr S. 16; Jacob S. 3 ff.; Jacusiel S. 16; Staub zu § 84 A. 7.

25) Schmidt-Rimpler S. 15 ff.

tretenen Firma gefördert werden soll“ [26]). Für den Fall, daß eine derartige einheitliche Verpflichtung des Handlungsagenten, dahingehend, während der Vertragszeit dauernd für den Geschäftsherrn tätig zu sein, nicht besteht, sondern daß der Agent lediglich auf einzelne Anregungen des Geschäftsherrn tätig wird, ist weiterhin erforderlich, daß in den Pausen zwischen diesen Einzelanregungen eine gewisse Interessenwahrung durch den Agenten stattfindet. Diese kann darin bestehen, daß der Handlungsagent den Markt, die Wünsche der Kundschaft und die Absatzverhältnisse beobachtet [27]), sie kann — und diese Aufgabe ist in der letzten Zeit stark in den Vordergrund getreten — darin bestehen, daß der Handlungsagent den Geschäftsherrn über die Zahlungsfähigkeit einzelner Kunden informiert, ihm bei Eintreibung von Außenständen die richtigen Wege weist, an Gläubigerversammlungen von in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Abnehmern des Geschäftsherrn teilnimmt usw. Erfolgen die Anregungen zum Tätigwerden seitens des Geschäftsherrn in großen Abständen und fehlt es in der Zwischenzeit an einer derartigen Interessenwahrung, so ist das Merkmal der „Ständigkeit“ nicht mehr als vorliegend zu erachten.

Wenn der Handlungsagent ständig mit Vermittlung oder Abschluß von Geschäften b e t r a u t ist, so kommt hierdurch, wie Schmidt-Rimpler (S. 12) zutreffend ausführt, keinesfalls zum Ausdruck, daß zwischen Geschäftsherrn und Handlungsagenten ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, da der Ausdruck bewußt farblos sein soll. Betrauen soll hier nicht mehr bedeuten als beauftragen [28]). Nicht einmal eine Verpflichtung des Handlungsagenten zum Tätigwerden kommt durch diese Legaldefinition zum Ausdruck, obwohl eine solche fast immer vorliegen wird.

3. Das negative Begriffsmerkmal.

In negativer Beziehung erfordert das Gesetz, daß derjenige, der Handlungsagent sein will, nicht als Handlungsgehilfe angestellt sein darf. Diese Bestimmung ist unzureichend. Nicht nur, wer als Handlungsgehilfe angestellt ist, sondern auch, wer als Lehrling, Volontär oder als etwas ähnliches angestellt ist, kann nicht Handlungsagent sein [29]). Entscheidend ist, daß der Betreffende überhaupt nicht angestellt ist, noch besser, „daß er nicht zum Personal des Geschäftsherrn gehört“ [30]). Darüber

---

[26]) Schmidt-Rimpler, Verhandlungsbericht S. 34.

[27]) Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 17.

[28]) Nach Staub (§ 84 A. 3) bedeutet „betraut“ ein besonderes Vertrauensverhältnis. Daß jedes Agenturverhältnis ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis darstellt, ist zutreffend. Nur läßt sich dies nicht aus dem Wörtchen „betraut“ herleiten.

[29]) Rehme in ZHR 52/446.

[30]) Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 19.

hinaus muß die Agenturtätigkeit zum Betriebe eines besonderen, selbständigen, von dem Handlungsagenten geführten Unternehmens gehören [31]). Hiermit ist das negative Begriffsmerkmal in ein positives umgekehrt, und wir können nunmehr den Begriff des Handlungsagenten mit Schmidt-Rimpler folgendermaßen bestimmen:

„Wer sich gewerbsmäßig damit betrauen läßt, zwecks ständiger Förderung des Handelsgewerbes eines anderen für dieses dauernd Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen und dieses sein Gewerbe selbständig betreibt, ist Handlungsagent."

Staub gibt nunmehr (14. Aufl. 1933 zu § 84 A. 4) folgende abgeänderte Begriffsbestimmung:

„Handlungsagent ist der selbständige Gewerbetreibende, der ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen lediglich zu vermitteln und abzuschließen oder im Namen des anderen zu vermitteln und abzuschließen, und bei dem diese Betrauung der Gegenstand seines Gewerbebetriebes ist."

Dagegen schlägt der Zentralverband Deutscher Handelsvertretervereine in seinem Entwurf (zitiert Centr. Verb. Entw.) [32]) folgenden Wortlaut für die Begriffsbestimmung unseres Rechtstypus vor:

§ 84 HGB

„Wer ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen (des Auftraggebers) Geschäfte zu vermitteln oder im Namen eines anderen abzuschließen und diese Tätigkeit als selbständiges Handelsgewerbe ausübt, ist Handelsvertreter."

Allen vorerwähnten Begriffsbestimmungen ist es gemeinsam — und das rechtfertigt auch ihre Erwähnung an dieser Stelle unserer Untersuchung, — daß zum Ausdruck gebracht wird, die Tätigkeit des Handlungsagenten müsse im Rahmen eines selbständigen Gewerbebetriebes erfolgen. Dieses Erfordernis ist auch in der Literatur [33]) [34]) allgemeinen anerkannt. Schon die Denkschrift [35]) führt hierzu aus:

„Wesentlich ist, daß der Agent nicht ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Handelshauses bildet, sondern als selbständiger Gewerbetreibender tätig wird."

---

[31]) Schmidt-Rimpler S. 19.

[32]) Entwurf des Centralverbandes Deutscher Handelsvertreter-Vereine betreffend Neuordnung des Handelsvertreterrechts. Dieser Entwurf wurde mir vom Centralverband Deutscher Handelsvertreter-Vereine, Berlin NW 7, überlassen.

[33]) Albrecht-Tentler S. 6; Düringer-Hachenburg § 84 A. 2; Jacusiel S. 23—25; Penner S. 3 ff.

[34]) Bezüglich der Stellungnahme der Rechtssprechung vgl. weiter unten.

[35]) Denkschrift II S. 73.

Jenes positive Merkmal des „selbständigen Gewerbebetriebes" ist im Folgenden zu klären. Eine Klärung erscheint deswegen um so erforderlicher, weil es erst dann möglich sein wird, hinsichtlich jener Fülle von Typen, die im täglichen Leben als Agenten, Vertreter, Generalvertreter, Handlungsreisende, Provisionsreisende usw. auftauchen, und bei denen es vielfach zweifelhaft ist, ob sie unter den Begriff des Handlungsagenten oder des Handlungsgehilfen einzureihen sind, einwandfrei zu entscheiden, zu welcher dieser beiden Gruppen jene einzelnen Typen im besonderen Falle gehören.

Ein Wort mag unserer Untersuchung vorausgeschickt werden: Die hier aufgeworfene Frage taucht nicht nur in der Handelsrechtswissenschaft auf, sondern sie ist auch eine der wichtigsten Fragen des Arbeitsrechts. Das Arbeitsrecht, das sich als jüngste Disziplin der Rechtswissenschaft herausgebildet und durchgesetzt hat, muß zunächst von sich aus die Grenzziehung zu den anderen Rechtsdisziplinen vornehmen [36]). Hier ist eines der wichtigsten Probleme die Abgrenzung zum Handelsrecht, und diese Frage läuft nahezu auf die hier zu untersuchende hinaus, da die Grenze zwischen Handelsrecht und Arbeitsrecht gerade zwischen dem Handlungsagenten und dem Handlungsgehilfen hindurchgeht. Wenn das Arbeitsrecht nämlich nach der gegenwärtig herrschenden [37]), wenn auch nicht unbestrittenen Lehre das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitsnehmer ist, so war es Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft, aufzuzeigen, wo die Grenzen zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit liegen. Praktisch ist diese Abgrenzung deswegen wichtig, weil für den unselbständigen Arbeitnehmer die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gemäß § 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. XII. 1926 (RGBl I 507) begründet ist, während für den Agenten das ordentliche Gericht zuständig ist [38]). Es erscheint

---

[36]) Vgl. Molitor ZBH 1928 S. 33; Schulte S 35 ff.

[37]) Hueck-Nipperdey 2. Aufl. I § 1 S. 1 und die dort angeführte Literatur; Kaskel-Dersch 4. Aufl. 1932 § 2, 1; Molitor, das Wesen des Arbeitsvertrages 1925 S. 73 ff.; Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrages 1926 S. 85 ff.

[38]) Die Diskussion über die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen hat leider durch die Einführung des Begriffs der „arbeitnehmerähnlichen Person" (§ 5 ArbGG) erheblich an Klarheit eingebüßt, insofern als die Unterscheidungsmerkmale zwischen Agenten und Gehilfen einerseits und arbeitnehmerähnlichem Agenten und Gehilfen andererseits zunächst nicht scharf genug auseinandergehalten wurden. Hier soll nur bemerkt werden, daß auch der arbeitnehmerähnliche Agent noch immer Handlungsagent im Sinne des § 84 HGB ist, sodaß ein Eingehen auf diesen Begriff im Rahmen unserer Untersuchung nicht erforderlich ist. Vgl. im übrigen hierzu die umfangreiche Spezialliteratur, so z. B.: Behm, die Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte für den Handelsvertreter, Berlin 1929; Dassler in ZBH 1929/248; Erdel in ZBH 1928/90; Fuchs ZBH 1929 S. 198; Potthoff LZ 1927/417; Schulte Bonn. Diss. 1930; Silberschmidt ZBH 1928/43; Spiro ZBH 1929/62; Warncke ZBH 1928/181; aus der Rechtsprechung ferner: Reichsarbeitsgericht in RAG 2/141 = Bensh. 3/207; LAG Dresden in LAG 2/21.

unter diesen Umständen erforderlich, die arbeitsrechtliche Literatur und Rechtsprechung zur Klärung des Begriffs des selbständigen Gewerbebetriebs heranzuziehen.

Die Denkschrift [39]) hat die Schwierigkeiten dieser Grenzziehung zwischen Agenten und Gehilfen, die in der Vielgestaltigkeit des Lebens begründet liegt [40]), erkannt und einige Merkmale für die Unterscheidung der beiden Rechtstypen benannt: „Die Selbständigkeit des Geschäftsbetriebs wird häufig ohne weiteres für jeden erkennbar sein. In anderen Fällen wird es schwieriger sein, die Grenze zu ziehen. Doch fehlt es auch hier nicht an Unterscheidungsmerkmalen. So erhält der Agent regelmäßig nur Provision, der Gehilfe festes Gehalt, daneben freilich oft auch Provision oder Tantieme. Der Agent dient oft gleichzeitig mehreren Firmen, während dies beim Gehilfen nur seltener vorkommen wird. Der Agent ist meist an fremdem Ort tätig. Er trägt seine Geschäftsunkosten selbst, wird insbesondere die Miete für seine Geschäftsräume in der Regel aus eigenen Mitteln entrichten, während sich dies bei dem Handlungsgehilfen anders verhält. Die Würdigung solcher und anderer tatsächlicher Umstände wird Sache der Rechtsprechung sein . . ."

Die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und später der Arbeitsgerichte hat gleiche und ähnliche Merkmale für Annahme eines Agentur- oder eines Gehilfenverhältnisses aufgezeigt:

Die Entlohnung des Handlungsgehilfen geschehe meist in Form eines festen Gehalts, die des Handlungsagenten in Form von Provision [41]). Entscheidend sei aber die Entlohnungsform nicht, denn es lasse sich sowohl ein Agent mit festem Gehalt, wie ein Gehilfe mit Provision denken. Festes Gehalt und darüber hinaus Provision könnten sowohl beim Agenten, wie beim Gehilfen vorkommen und so halten zahlreiche Entscheidungen die Entlohnungsform für unerheblich [42]). Meist werde der Gehilfe nur für eine Firma, der Agent für mehrere Firmen tätig sein, aber auch dieses Merkmal könne allgemeine Geltung nicht beanspruchen, da viele Agenten nur eine Firma vertreten, während umgekehrt Fälle, in denen der Gehilfe mehreren Herren diene, wenn auch nicht gerade zahlreich, so doch immerhin denkbar seien [43]). Auch die bereits in der Denkschrift (S. 73) erwähnte Tatsache, daß der Agent meist an fremdem Ort, der Gehilfe meist am Sitz des Geschäftsherrn an-

---

39) Denkschrift II S. 73.
40) Molitor ZBH 1928 S. 35—36.
41) Denkschrift 2 S. 73; RAG in Benh. S. 12/230; OLG 14/346 ff.; OLG 20/9—10.
42) RAG Benh. S. 5/486 u. 12/63; OLG 7/318—320; OLG 14/346 ff.; OLG 20/9—10.
43) RAG Bensh. S. 5/27; 9/383; 12/63. Ferner RAG in JW 1931/3152 u. JW 1932/3488 25 a, letztere mit Anmerkung von Tentler.

sässig sein würde, wird vielfach als Indiz erwähnt [44]). Die Bezeichnung im Vertrage als „Agent" bzw. „Gehilfe" trage zwar eine gewisse Vermutung für ihre Richtigkeit in sich, sei aber ebenfalls nicht bindend für die Beurteilung des Verhältnisses [45]). Der Handlungsagent werde im allgemeinen Handelskammerbeiträge zahlen, er werde sein Gewerbe zur Anmeldung bringen und sich seine Gewerbelegitimationskarte selbst beschaffen. Alles dies würde beim Gehilfen nicht der Fall sein, insbesondere müsse ihm der Prinzipal die Gewerbelegitimationskarte beschaffen [46]). Andere Entscheidungen halten diese Indizien wiederum für unerheblich [47]). Zur Krankenkasse werde der Handlungsgehilfe in der Regel von seinem Prinzipal angemeldet, während der Agent, der Mitglied einer Krankenkasse sein wolle, selbst seine Anmeldung vornehmen müssen [48]). Die Ansicht der Versicherungsbehörde über die Verpflichtung zur Beitragszahlung für Kranken- und Angestelltenversicherung sei allerdings nicht maßgebend [49]). Eigene Firma und Handelsbücher sollen für das Vorliegen einer Agentur sprechen, desgleichen Innehabung eines eigenen Geschäftslokals und die Benutzung eigener Briefbogen [50]). Für die Annahme eines Gehilfenverhältnisses spreche es, wenn die Hilfsperson nach genauen Anweisungen des Geschäftsherrn von Straße zu Straße und von Firma zu Firma gehen muß (vgl. RAG in Bensh. S. 5/27 mit Anm. von Hueck), wenn sie regelmäßig zu bestimmter Stunde erscheinen und Weisungen entgegenzunehmen hat (RAG in Bensh. S. 8/451), wenn sie andere Vertretungen nur mit Erlaubnis des schäftsherrn übernehmen darf und von diesem dauernd überwacht wird (RAG Bensh. S. 9/383). Ferner spreche es für die Annahme eines Gehilfenverhältnisses, wenn die Hilfsperson neben ihrer Tätigkeit im Außendienst auch im Innendienst bei dem Geschäftsherrn beschäftigt werde [51]).

Es liegt auf der Hand, daß uns diese weitgehende Kasuistik bei unserer Untersuchung nach dem Unterschied zwischen selbständigem Gewerbebetrieb des Agenten und unselbständiger gewerblicher Arbeitnehmerstellung nicht weiter führen kann. Alle Gesichtspunkte, die uns von der Rechtsprechung geboten werden, sind nur Indizien, aus denen sich irgend welche begriffswesentliche Merkmale nicht herleiten lassen.

---

[44]) OLG 6/350; OLG 20/9—10.
[45]) OLG Dresden in OLGE 8/388 ff.; RAG in RArbG 1/252; RArbG 3/15; RArbG 5/151.
[46]) RAG in Bensh. S. 5/27 und in JW 1931/3152; KG in OLG 14 S. 346—47; Staub § 84 A. 6.
[47]) OLG Hamburg in OLGE 12/422.
[48]) RAG in JW 31/3152; OLG Hamburg in HRR 1929 Nr. 1553.
[49]) RAG in Bensh. S. 6/161.
[50]) Staub § 84 A. 6 u. 7; RAG in JW 1931/3152.
[51]) RAG in Bensh. S. 12/63.

Dagegen kommen andere Hinweise der Literatur und Rechtsprechung der Lösung unserer Frage schon näher: Der Agent sei nicht ein „unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Handlungshauses, sondern werde als selbständiger Gewerbetreibender tätig“ [52]). Entscheidend für die Abgrenzung zwischen dem Agenten und dem Gehilfen sei das „Maß persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“ [53]). Hierbei sei wiederum zu prüfen, ob der für den Unternehmer Tätige in den Betrieb als unselbständiges Organ ein- und untergeordnet sei, oder ob er nur für das Unternehmen tätig sei und seine persönliche Unabhängigkeit behalten habe [54]). Das Oberlandesgericht Dresden sieht in OLGE 8/389 den Unterschied zwischen Agenten und Gehilfen darin, daß „zwischen Prinzipal und Gehilfen ein Abhängigkeits- und Respektverhältnis bestehe, während Geschäftsherr und Agent sich gleichberechtigt gegenüberstünden.“ Auch Titze [55]) will für den Gehilfen als entscheidend ansehen, daß „durch den Abschluß des Dienstvertrags nach der Auffassung des Verkehrs eine Gehorsamspflicht und ein Subordinationsverhältnis begründet werden solle und daß infolgedessen der zur Leistung Verpflichtete als Glied in den Organismus des Geschäfts eingetreten sein müsse“, während beim Agenten die Gehorsamspflicht und das Subordinationsverhältnis fehle und er als selbständiger Gewerbetreibender außerhalb stehe.

Wenn man auch mit den zuletzt erwähnten Merkmalen dem Kernproblem schon etwas näher gekommen ist, so zog und zieht man, wie die oben zitierte Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zeigt, auch heute noch die Grenze zwischen Gehilfen und Agenten nach den früher erwähnten Einzelmerkmalen. Diese Methode ist unsicher, weil es sich immer nur um Indizien handelt, darüber hinaus aber ist sie sogar falsch, weil es sich bei allen diesen Indizien um Rechtsfolgen handelt, die wiederum davon abhängen, ob die Hilfsperson Agent oder Gehilfe ist [56]).

Will man sich an die zuletzt erwähnten Hinweise halten, wonach Selbständigkeit und Abhängigkeit, sowie die Ein- und Unterordnung entscheiden sollen [57]), so zeigt sich wiederum, daß auch Über- und Unterordnung keine eindeutig bestimmten Begriffe sind [58]) und daß diese Über- und Unterordnung nicht nur beim

---

52) Denkschrift II S. 73.

53) Gleichlautend oder ähnlich RG 87/441; RAG in Bensh. S. 5/27; 5/486; 6/161; 8/451; 9/383; 10/576. Ferner RAG in JW 3488 Nr. 25 a mit Anm. Tentler; OLG Hamm in OLGE 20/9—10.

54) RAG in RArbG 1/252; 1/263; 2/141; 3/15; 5/151. RAG in JW 1931/3152; RG 87/441; OLG 7/318—320; OLG 12/422; 24/125 sowie neuestens RAG in Bensh. S. 17, S. 66 ff., besonders S. 68.

55) Titze in Ehrenbergs Handb. II S. 544 ff., bes. S. 560, 561.

56) So Molitor ZBH 1928 S. 34. Vgl. bes. Molitor, das Wesen des Arbeitsvertrags S. 81 ff.

57) So Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrags.

58) Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 21 ff.

Gehilfen, sondern auch beim Agenten in einigen Beziehungen vorhanden ist: Auch der Agent muß in gewissem Maße den Weisungen seines Geschäftsherrn nachkommen. Es müßte demnach klargelegt werden, inwiefern sich die Unterordnung des Agenten von der des Gehilfen unterscheidet. Die Menge der Zeit und der Arbeitskraft, die Agent und Gehilfe für den Geschäftsherrn aufwenden, kann für die Abgrenzung beider Typen voneinander nicht entscheidend sein [59]).

Verschiedentlich hat man versucht, das Merkmal der „Fremdbestimmtheit" für unsere Frage zu verwerten [60]). Merkmal jedes Arbeitsverhältnisses, das unter das Arbeitsrecht fällt — und das müßte also für den uns hier allein interessierenden Handlungsgehilfen gelten, — ist, daß die Hilfsperson sich „nicht zu bestimmten vertraglich festgelegten Einzelleistungen, sondern nur zur Arbeit schlechthin verpflichtet hat", so daß es der Bestimmung des Vertragsgegners, als des Gläubigers unterliegt, welche Arbeit der Betreffende zu verrichten hat [61]). Man könnte meinen, daß dieses Merkmal für unsere Frage gänzlich ohne Bedeutung ist, weil sich Gehilfen denken lassen, denen der Gläubiger (Geschäftsherr) weitgehende Freiheit in der Bestimmung ihrer Tätigkeit läßt, und andererseits auch der Handlungsagent in gewissen Beziehungen den Weisungen des Geschäftsherrn folgen muß, so daß auch bei ihm ein gewisses Maß Fremdbestimmtheit vorliegt. So hält Molitor die „Fremdbestimmtheit" zur Lösung unserer Frage für gänzlich bedeutungslos [62]).

Wenn man auf das Merkmal der Fremdbestimmtheit nicht ganz verzichten will, so kann man den Unterschied nur in dem Maße der Fremdbestimmtheit sehen und diesen Versuch hat Schmidt-Rimpler, der die begriffliche Klärung unseres Rechtstypus am meisten gefördert hat, mit Erfolg unternommen [63]).

Auf fünf Punkte führt Schmidt-Rimpler (Handlungsagent S. 24) die Fremdbestimmtheit des Gehilfen zurück. In drei von diesen Punkten, nämlich dem Versprechen von Gattungsarbeit, der verhältnismäßig längeren Dauer der Tätigkeit und in dem Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages sind begriffliche Unterschiede zwischen beiden Typen nicht begründet. (Seite 24, Ziffer 1, 4 und 5.) Dagegen liegt der Unterschied in den folgenden beiden Punkten:

1. [64]) Der Gehilfe hat „im Rahmen der Tätigkeitsart, zu der er sich verdungen hat, rechtlich schlechthin zu tun, was der Anstellende oder der in dessen Organi-

---

[59]) Das hat m. E. Schmidt-Rimpler a. a. O. überzeugend dargetan.
[60]) Hoeniger in Hoeniger-Wehrle Seite XXIV ff.; Hueck Handb. I, 21; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 47 ff.
[61]) Molitor ZBH 1928 S. 35.
[62]) Molitor a. a. O.
[63]) Vgl. zum folgenden Schmidt-Rimpler S. 23 ff.
[64]) Schmidt-Rimpler S. 24 Z. 2.

sation sonst für ihn Maßgebliche bestimmt; mag ihm auch tatsächlich noch so große Freiheit gelassen werden, so hat er doch in keiner Beziehung ein Recht, seine Tätigkeit einzurichten, wie er will" [65]).

2. Innerhalb begrenzter Zeiträume während der Anstellungszeit, die entweder vertraglich festgelegt sind oder durch den Anstellenden festgelegt werden können, ist der Anstellende rechtlich schlechthin für die zeitliche Verteilung der Arbeit maßgeblich: Es muß also der Angestellte in bestimmten Zeiträumen dem Anstellenden zur Verfügung stehen. (Schmidt-Rimpler Seite 24 Ziffer 3.)

Man denke z. B. an einen Angestellten, der seit langer Zeit bei einer Firma tätig ist und sich vielfach auf Reisen befindet. In derartigen Fällen wird es auf Grund des Vertrauensverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Angestellten einerseits und auf Grund der Erfahrung des Angestellten andererseits oft vorkommen, daß der Angestellte den Beginn seiner Reisetätigkeit, seine Reiseroute usw. selbst bestimmt. Es mag auch vorkommen, daß man demselben Angestellten, wenn er sich am Sitz des Geschäftsherrn aufhält, gewisse Freiheiten läßt und ihn beispielsweise nicht streng an die Geschäftsstunden bindet. Aber in solchen Fällen handelt es sich immer nur um eine tatsächliche Gestaltung des Verhältnisses, die sich letzten Endes aus dem Vertrauensverhältnis und zum Teil aus der Art der Tätigkeit des Angestellten ergibt. In rechtlicher Beziehung hat sich nichts geändert, und es steht dem Geschäftsherrn jederzeit frei, die Tätigkeit des Angestellten näher zu bestimmen und ihn an die Geschäftsstunden zu binden.

Umgekehrt ist der Agent zwar verpflichtet, den Weisungen des Geschäftsherrn nachzukommen, aber doch immer nur in einzelnen Beziehungen, niemals schlechthin, sodaß der Agent z. B. nicht verpflichtet wäre, einer ihm von dem Geschäftsherrn vorgeschriebenen Reiseroute zu folgen oder dem Geschäftsherrn während gewisser Zeiträume zur Verfügung zu stehen. Mit Schmidt-Rimpler ist daher eine relative Fremdbestimmtheit der Tätigkeit als Grenzmerkmal zwischen dem Agenten und Gehilfen anzunehmen [66]).

Das entscheidende Merkmal zur Klärung unserer Frage, worin denn nun das Wesentliche in der Selbständigkeit des Agenten liegt, ergibt sich aus dem Begriff der Organisation, der seinerseits der wesentlichste Faktor des Unternehmensbegriffs

---

65) Mit Schmidt-Rimpler a. a. O. ist Verfasser der Meinung, daß unser Recht bei den Handlungsgehilfen völlige rechtliche Fremdbestimmtheit voraussetzt.

66) Auf die Subordination, die auch nach Schmidt-Rimpler kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist, kann hier nicht näher eingegangen werden.

ist [67]). Organisation [68]) ist ein „Inbegriff in bestimmter, auf Dauer berechneter Weise geordneter Mittel zur Erreichung eines geschäftlichen Zweckes“ oder „die auf Dauer berechnete verwirklichte Ordnung von Mitteln zu einem solchen Zwecke“ [69]). Unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt gesehen ist die Organisation gleichbedeutend mit dem Unternehmen. Eine derartige Organisation aber ist es, die der Handlungsagent aufweisen muß. Sie muß etwas Ständiges sein, was dem Handlungsagenten bleibt, auch wenn er den Geschäftsherrn wechselt, und dem neuen Geschäftsherrn muß er im Gegensatz zum Gehilfen, der nur seine Arbeitskraft mitbringt, wiederum die Organisation einbringen. „Der Handlungsgehilfe taucht mit seiner Arbeit unter im Geschäft des Prinzipals, seine Arbeit wird anonym, richtiger allonym“. Sie tritt auf unter dem Namen des Prinzipals. Der Handlungsagent dagegen tritt in seiner Arbeit für den Geschäftsherrn unter s e i n e m Namen hervor, bleibt „er selbst“. Er arbeitet für das Geschäft des Geschäftsherrn, nicht in dem Geschäft. Das Eigenartige an der Organisation des Handlungsagenten, die auch unter Umständen recht primitiv sein kann, ist aber, daß der Agent zwar sein Gewerbe organisiert, daß er dies aber doch im Hinblick auf den Geschäftsherrn tut, also ein Hilfsgewerbe schafft. Das allerdings ist eine Besonderheit, die auch bei anderen Hilfsgewerben in Erscheinung tritt.

Die Frage, worin das Wesen der Selbständigkeit des Agenten gegenüber der gewerblichen Arbeitnehmerstellung des Gehilfen besteht, ist mit Schmidt-Rimpler [70]) folgendermaßen zu beantworten:

„Die Selbständigkeit besteht darin, daß der Handlungsagent eine eigene Organisation schafft und seine Arbeit in ihr dem Geschäftsherrn leistet, während der Handlungsgehilfe eine solche Organisation nicht hat, sondern lediglich mit seiner Arbeit in die Organisation seines Prinzipals eingeordnet ist.“

---

[67]) Das Risikomoment führt nicht weiter, da dasselbe für den Agenten zwar typisch, nicht aber begrifflich notwendig ist (Schmidt-Rimpler S. 27—28).

[68]) Vgl. zum folgenden: Schmidt-Rimpler, Handlungsagent S. 28 ff.; derselbe, Verhandlungsbericht S. 33 ff.

[69]) Schmidt-Rimpler S. 22.

[70]) Schmidt-Rimpler, Verhandlungsbericht S. 36.

B. Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn auf das Vertragsverhältnis des Handlungsagenten.

Erster Titel:

Die Behandlung gegenseitiger Verträge in der Vergleichsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Dienstvertrags.

I. Die Beteiligung am Vergleichsverfahren nach dem Grundsatz des § 2 VglO.

Der Kreis der am Vergleichsverfahren beteiligten und von dem Vergleich betroffenen Gläubiger wird durch § 2 VglO bestimmt. Hiernach ist der Zeitpunkt der Vergleichseröffnung [1]) für Beteiligung oder Nichtbeteiligung entscheidend.

§ 2 VglO bestimmt:

An dem Vergleichsverfahren beteiligt und von dem Vergleichsverfahren betroffen werden die Gläubiger, die nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger wären, wenn statt des Vergleichsverfahrens das Konkursverfahren eröffnet worden wäre. Die Vorschriften der §§ 5, 64 bis 70 der Konkursordnung finden entsprechende Anwendung.

Den in dieser Vorschrift vorausgesetzten Begriff der Konkursgläubiger erläutert § 3 KO. Unter Einführung dieser konkursrechtlichen Definition läßt sich der Kreis der beteiligten Gläubiger wie folgt bestimmen:

An dem Vergleichsverfahren beteiligt und von dem Vergleiche betroffen werden alle persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Vergleichseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Vergleichschuldner haben, soweit sie im Falle der Konkurseröffnung am Konkursverfahren teilnehmen würden und in diesem nicht bevorrechtigt wären [2]).

Unter „persönlichen Gläubigern" sind diejenigen Gläubiger zu verstehen, die gegen den Schuldner ein Forderungsrecht haben, das seinerseits den Ursprung in einer schuldrechtlichen, familien- oder erbrechtlichen Beziehung haben kann [3]).

Begründet ist ein Anspruch des Gläubigers, „sobald diejenigen juristischen Tatsachen eingetreten sind", die seinen Umfang bestimmen" [4]).

---

[1]) Eröffnet wird das Verfahren durch Beschluß des Vergleichsgerichts.

[2]) So auch Steindler Hamburg. Diss. 1931 S. 23. Ganz ähnlich der amtliche Entwurf einer VglO (Berlin 1933) §§ 25—27.

[3]) Kiesow § 2 A. 3.

[4]) Grimm, Begründete Vermögensansprüche S. 35—36.

Bevorrechtigte Konkursgläubiger im Sinne des § 2 der Vergleichsordnung [5]) sind nicht nur die bevorrechtigten Konkursgläubiger des § 61 Nr. 1—5, sondern darüber hinaus auch die Aussonderungsberechtigten, die Absonderungsberechtigten, die Massegläubiger (§§ 57—60 KO) und diejenigen, die auf Grund anderer Vorschriften eine Vorzugsstellung im Konkurs genießen würden [6]).

II. Die Ausnahmevorschrift des § 4 VglO für gegenseitige Verträge, die noch nicht erfüllt sind.

Aus dem Kreis der beteiligten Gläubiger im Sinne des § 2 VglO werden durch die Vorschrift des § 4 VglO gewisse Gläubiger ausgenommen. § 4 VglO lautet:

> Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, der zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, sind an dem Vergleichsverfahren nicht beteiligt und werden von dem Vergleich nicht betroffen. Die Vorschrift des § 30 VglO bleibt unberührt.

Unter gegenseitigen Verträgen im Sinne dieser Bestimmung ist ebenso wie unter den zweiseitigen Verträgen des § 17 KO dasselbe zu verstehen, wie unter den gegenseitigen Verträgen der §§ 320—327 BGB [7]). Wir haben hierunter diejenigen Verträge zu begreifen, bei denen sich die Parteien wechselseitig Leistungen versprechen, von denen jede als Entgelt für die Gegenleistung geschuldet wird, so z. B. Kauf, Tausch, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag [8]).

Gegenseitige Verträge sind dann dem Vergleichsverfahren entzogen, wenn sie von beiden Seiten noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind [9]). Wann ein Vertrag als vollständig erfüllt anzusehen ist, wird durch Vertragsinhalt, Parteiabsicht und bürgerliches Recht bestimmt [10]). Eine Begriffsbestimmung der Erfüllung gibt auch das bürgerliche Gesetzbuch nicht, und wir können lediglich dem von der Erfüllung handelnden § 362 BGB entnehmen, daß Erfüllung die Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger ist.

---

[5]) Vgl. ausführlicher Kiesow § 2 A. 2 ff.

[6]) Ähnlich die amtliche Begründung zur VglO S. 16, sowie §§ 26, 27 VglO Entw.

[7]) Kiesow § 4 A. 1.

[8]) Maeder S. 9—10.

[9]) Fast gleichlautend ist die entsprechende Vorschrift des Entw., § 36, I, die allerdings durch Abs. 2 eine Einschränkung hinsichtlich teilbarer Leistungen erfährt.

[10]) So für das Gebiet des § 17 KO: Sarwey-Bossart S. 99; Schrader Götting. Diss. 1931 S. 70; Wilmowski-Kurlbaum S. 96. Für das Vergleichsrecht siehe Kiesow § 4 A. 7; Maeder S. 9; Nagel S. 20; Steindler S. 24.

Leistung wiederum kann zweierlei bedeuten; einmal nämlich alles, was der Schuldner zu tun hat, um die Erfüllung herbeizuführen, die Leistungshandlung, zum anderen kann hierunter auch die Herbeiführung des Leistungserfolges begriffen werden. Die herrschende Lehre verlangt für die Erfüllung den Eintritt des nach dem Vertragsinhalt geschuldeten Leistungserfolges. Hiernach würde § 4 VglO dann Anwendung finden, wenn noch von keiner der Parteien des gegenseitigen Vertrages der geschuldete Leistungserfolg bewirkt ist [11]).

Indessen bedarf der in § 4 VglO enthaltene Begriff des beiderseits unerfüllten Vertrages, wie wir mit Nagel [12]) entgegen Kiesow [13]) annehmen, noch einer Einschränkung. Es gibt nämlich Fälle [14]), wo zwar ein beiderseits noch nicht erfüllter Vertrag vorliegt, trotzdem aber eine Anwendung des § 4 VglO nicht zulässig erscheint, weil nicht mehr der ursprüngliche Erfüllungsanspruch vorhanden ist, sondern ein anderer Anspruch, z. B. ein Schadensersatzanspruch an seine Stelle getreten ist. Würde man in derartigen Fällen den § 4 VglO Anwendung finden lassen, wie Lucas [15]) das tun will, so würde man, wie Nagel [16]) überzeugend dargetan hat, der ratio legis dieser Vorschrift wenig gerecht: Weder würden nämlich die dem § 4 VglO zugrunde liegenden Billigkeitserwägungen, noch die vorausgesetzte Abhängigkeit von den §§ 28 ff. VglO in solchem Falle gegeben sein.

Für die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 4 VglO ist es somit darauf abzustellen, ob noch Erfüllungsansprüche auf beiden Seiten vorhanden sind. Liegt auf Seiten des Gläubigers bereits vollständige Erfüllung vor, so daß seitens des Schuldners keinerlei Erfüllungsansprüche mehr bestehen, so kommt § 4 VglO nicht zur Anwendung. Der Gläubiger ist in diesem Falle am Vergleichsverfahren gemäß § 2 VglO beteiligt und wird von dem Vergleiche betroffen.

Hat der Schuldner vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens voll erfüllt, so ändert sich an der Leistungsverpflichtung des Gläubigers nichts [17]).

Ist der gegenseitige Vertrag zur Zeit der Vergleichseröffnung auf beiden Seiten noch nicht oder nicht vollständig erfüllt, so liegt ein Fall des § 4 VglO vor. Dabei ist es unerheblich, wieviel noch von den beiderseitigen Leistungen aus-

---

11) Maeder S. 9—10. Über die abweichende Lehre Oertmanns vgl. Oertmann in LZ 1927 Sp. 9 ff.; Maeder S. 9 ff.; Schrader S. 20 ff.
12) Nagel S. 20 ff.
13) Kiesow § 4 A. 5.
14) Ausführlicher Nagel S. 20 ff.
15) Lucas S. 90.
16) Nagel S. 21—24.
17) Kiesow § 4 A. 4 u. 5.

steht [18]). Die wechselseitigen Ansprüche werden in diesem Falle zunächst weder durch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch durch das Zustandekommen des Vergleichs in ihrem Bestand irgendwie verändert. Beide Parteien haben so zu erfüllen, wie wenn kein Vergleichsverfahren bestünde. Der Gläubiger kann gegen den Vergleichsschuldner auf Leistung klagen, er kann vollstrecken, da für ihn das Vollstreckungsverbot der §§ 32—34 VglO nicht gilt, er kann den Vergleichsschuldner gemäß § 326 BGB behandeln, kurz, er braucht sich um das Vergleichsverfahren in keiner Weise zu kümmern. Lediglich den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens darf der nicht beteiligte Gläubiger nicht stellen, da die Vorschrift des § 31 VglO auch für die nicht beteiligten Gläubiger gilt.

III. Die Anwendung des § 4 VglO auf Dienstverträge.

1. Der Dienstvertrag als dauerndes Schuldverhältnis.

Beim Dienstvertrag sind die entscheidenden Elemente einerseits die Verpflichtung des Dienstverpflichteten zur Arbeitsleistung, andererseits die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Zahlung der Vergütung und die sich daraus ergebenden Ansprüche des anderen Teil [19]). Der Dienstberechtigte kann Ableistung der Dienste, der Dienstverpflichtete Zahlung der Vergütung verlangen.

Diese Verpflichtungen weisen indessen Besonderheiten auf, die sofort klar werden, wenn wir ihnen etwa die Verpflichtungen aus einem Kaufvertrage gegenüberstellen: Wenn der Verkäufer einer Sache seiner Verpflichtung genügt hat, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, und wenn weiterhin der Käufer seiner Zahlungs- und Abnahmepflicht nachgekommen ist, dann ist das Schuldverhältnis durch Erfüllung erloschen.

Wenn hingegen ein Dienstverpflichteter, der auf ein Jahr angestellt ist einen Monat lang seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, und wenn der Berechtigte die Vergütung für diesen Monat bezahlt hat, so haben zwar beide ihre Verpflichtungen für den ersten Monat erfüllt, trotzdem aber ist das Schuldverhältnis nicht erloschen: Der Verpflichtete ist vielmehr weiterhin zur Arbeitsleistung, der Berechtigte weiterhin zur Vergütungszahlung gehalten.

---

[18]) Kiesow § 4 A. 13 und die dort angegebene Literatur; Cahn JW 1932/150. Die entgegengesetzte Ansicht von Landgericht Wuppertal (KuT 1932/14), Nagel S. 59, Samolewitz JW 1927 S. 2401, die übereinstimmend Beteiligung annehmen, wenn der rückständige Teil der Leistung im Verhältnis zur Gesamtleistung gering ist, findet im Gesetz keine Stütze

[19]) Staudinger 9. Aufl. zu § 611 A. I 3 a.

Den Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Schuldverhältnissen hat zuerst Gierke [20]) aufgezeigt. Im Hinblick auf seine klaren Formulierungen kann Leonhard [21]) nicht zugegeben werden, daß der Begriff des dauernden Schuldverhältnisses, der sich auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung als außerordentlich wertvoll zeigen wird, „besonders unklar" ist. Die erste Art von Schuldverhältnissen, für die wir als Beispiel den Kaufvertrag herangezogen hatten, bezeichnet Gierke als vorübergehende, die zweite, worunter auch der Dienstvertrag fällt, als dauernde Schuldverhältnisse. Der begriffliche Gegensatz läßt sich darauf zurückführen, ob die den Inhalt von Schuld und Forderung bildende Leistung in einem Zeitpunkte oder während eines Zeitraums bewirkt werden soll. Für das vorübergehende Schuldverhältnis ist Erfüllung der normale Beendigungsgrund[22]), wie wir bereits oben anhand der aus dem Kaufvertrag resultierenden Verpflichtungen gesehen hatten. Dagegen wohnt dem dauernden Schuldverhältnis „eine in den Grenzen seiner Bestimmung unerschöpfliche Lebenskraft inne" [23]). Es erlischt nicht durch Erfüllung. § 362 I BGB, wonach das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, ist somit eine falsche Verallgemeinerung [24]). Normaler Beendigungsgrund der Dauerschuldverhältnisse, unter die außer dem Dienstvertrag z. B. auch Miet-, Pacht-, Darlehnsvertrag usw. fallen, ist vielmehr Zeitablauf. Hinsichtlich des Dienstvertrages wird dies auch deutlich durch § 620 I BGB zum Ausdruck gebracht.

2. Der auf bestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag.

Kommen wir hiernach auf das oben gegebene Beispiel des auf ein Jahr abgeschlossenen Dienstvertrages zurück, bei dem bereits die beiderseitigen Verpflichtungen hinsichtlich des ersten Monats erfüllt sind, so ist ersichtlich, daß beide Vertragsparteien in Bezug auf die weiteren elf Monate noch zu erfüllen haben. Es kann jedoch noch nicht einmal davon gesprochen werden, daß in Bezug auf den verstrichenen Monat eine Teilerfüllung vorliegt. Durch die bisher erfolgten Akte der Erfüllung wird nämlich die Verpflichtung zur Dienstleistung keineswegs vermindert, sondern sie besteht fort und zwar am

---

[20]) Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse in Jherings Jahrb. Bd. 64 S. 355 ff. Vgl. auch die Zusammenfassung in Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 86 ff.

[21]) Leonhard, Allg. Schuldrecht des BGB I S. 83.

[22]) Gierke S. 357.

[23]) Gierke S. 359.

[24]) Das hat Gierke S. 363 ff. überzeugend dargetan. Vgl. auch Krückmann in Jherings J. 66/1 ff.

ersten wie am letzten Tage in gleicher Weise [25]). Beide Parteien haben gegeneinander noch Erfüllungsansprüche: Der Dienstberechtigte kann die Arbeitsleistung, der Dienstverpflichtete die Vergütung verlangen.

Bezüglich der Anwendbarkeit des § 4 VglO auf den auf bestimmte Zeit laufenden Dienstvertrag ergibt sich auf Grund unserer Untersuchung folgendes: Es liegen zwar Akte der Erfüllung, nicht aber ein erfüllter Vertrag vor. Da in diesen Akten der Erfüllung keine Teilerfüllung zu erblicken ist, haben wir es nicht nur mit einem noch nicht vollständig, sondern sogar mit einem noch (gar) nicht erfüllten Vertrage im Sinne des § 4 VglO zu tun. Die Anwendbarkeit des § 4 VglO wird erst dann ausgeschlossen sein, wenn das Vertragsverhältnis durch Zeitablauf beendet ist, weil dann dem Dienstberechtigten gegen den Verpflichteten Erfüllungsansprüche nicht mehr zustehen [26]).

Bei einem zur Zeit der Vergleichseröffnung auf bestimmte Zeit laufenden Dienstvertrag werden daher regelmäßig die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 4 VglO vorliegen.

3. Der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag.

Bei einem auf unbestimmte Zeit laufenden Dienstvertrag lassen sich mehrfache Gestaltungsmöglichkeiten denken. Einmal kann der Dienstvertrag ohne jede Zeitbestimmung geschlossen sein. In diesem Falle kommen die gesetzlichen Kündigungsfristen der §§ 621—23 BGB oder anderer Spezialbestimmungen in Anwendung. Zum anderen kann auch eine Kündigungsfrist vertraglich vereinbart sein. Im Rahmen unserer Untersuchung ergibt sich die Frage, wann bei derartigen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverhältnissen § 4 VglO anwendbar ist, d. h. wann noch beiderseits Erfüllungsansprüche bestehen.

Das Wesen derartiger, auf unbestimmte Zeit laufender Vertragsverhältnisse [27]) beruht darin, daß ihnen zunächst der Abschluß eines Vertrages auf bestimmte Zeit innewohnt. Dieser Vertrag auf bestimmte Zeit läuft vom Vertragsbeginn bis zu dem Termin, zu dem nach den vertraglichen Vereinbarungen oder mangels solcher nach den in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen erstmalig eine Kündigung möglich ist. Geht der Zeitpunkt, an dem die erste Kündigung hätte erfolgen können vorbei, ohne daß eine der beiden Parteien von der

---

[25]) Vgl. Gierke S. 364—367.

[26]) Der Vergütungsanspruch wird in der Regel in diesem Zeitpunkt noch bestehen, weil der Dienstverpflichtete zur Vorleistung verpflichtet ist (§ 614 BGB).

[27]) Vgl. zum folgenden Grimm S. 61 ff.; Jaeger KO § 3 A. 19; § 17 A. 18 a; derselbe in LZ 1912 Sp. 286 ff.; Mentzel KO § 17 A. 4.

Kündigungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, so eröffnet sich damit die Aussicht auf einen neuen Vertragsabschnitt. Dieser läuft von dem Termin, zu dem erstmalig hätte gekündigt werden können, bis zu dem Termin, zu dem die nächste Kündigungsmöglichkeit gegeben ist. Durch das stillschweigende Verhalten der Parteien wird also ein neuer Vertrag auf bestimmte Zeit geschlossen.

Jaeger, der gelegentlich seiner Untersuchungen über die Behandlung des Gas-, Wasser- und Elektrizitätslieferungsvertrags im Konkurs des Bestellers auch auf die Eigenart der auf unbestimmte Zeit geschlossenen Pacht-, Miet- und Dienstverträge hingewiesen hat [28]), rechnet diese Vertragsverhältnisse ebenfalls unter den von ihm geprägten Begriff des „Wiederkehrschuldverhältnisses“ [29]). Er versteht hierunter „Schuldverhältnisse, die kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entstehen, also nicht ein für allemal begründet sind [30]). Während sich die Zuleitungsverträge durch Fortbezug erneuern, findet die Erneuerung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienst-, Pacht-, oder Mietvertrags nach Zeitabschnitten statt [31]). Es steht im Belieben der Vertragsparteien, ob sie das Vertragsverhältnis für weitere Zeiträume entstehen lassen wollen und diese Lösbarkeit kommt bei denjenigen Wiederkehrschuldverhältnissen, die sich nach Zeitabschnitten erneuern, meist in einem Kündigungsrecht zum Ausdruck. Wird von demselben kein Gebrauch gemacht, so entsteht durch das Stillschweigen der Parteien das Vertragsverhältnis für den nächsten Zeitabschnitt neu.

Das Unterscheidungsmerkmal der Wiederkehrschuldverhältnisse gegenüber den einheitlichen Schuldverhältnissen liegt demnach, wie Ullmann [32]) überzeugend dargetan hat, allein in der Entstehung. Die Art des Rechtsgeschäfts ist dagegen nicht entscheidend für die Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses.

---

[28]) Jaeger in LZ 1912 Sp. 286.

[29]) Ausführlicher hat sich mit dieser Art von Schuldverhältnissen bisher nur Lenz, das Wiederkehrschuldverhältnis Marb. Diss. 1930 beschäftigt. Nach Abschluß der vorliegenden Arbeit erschien die aufschlußreiche Monographie von Ullmann, Der Einfluß d. Konkurses auf Wiederkehrschuldverhältnisse, die nach Möglichkeit noch berücksichtigt wurde.

[30]) Jaeger KO 6. u. 7. Aufl. § 17 A. 18 a.

[31]) Den Unterschied dieser beiden Arten von Wiederkehrschuldverhältnissen betont Ullmann (Der Einfluß des Konkurses) S. 19. Er bezeichnet diejenigen Schuldverhältnisse, die sich auf Zeitabschnitte erneuern, als „Zeitwiederkehrschuldverhältnisse“, diejenigen, deren Erneuerung auf Bezugsmengen abgestellt ist, als „Mengenwiederkehrschuldverhältnisse“.

[32]) Ullmann KuT 1932/171 sowie Ullmann (Der Einfluß des Konkurses) S. 5 ff.

Die von Jaeger für das Wiederkehrschuldverhältnis erforderten Voraussetzungen liegen auch bei dem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstvertrag [33]), der nach Ablauf der zunächst vereinbarten Geltungsdauer mangels einer Kündigung als für den neuen Vertragsabschnitt stillschweigend fortgesetzt gilt, vor [34]). Indem beide Parteien an dem Termin, an dem sie hätten kündigen können, stillschweigen, bringen sie zum Ausdruck, daß sie das Vertragsverhältnis für den nächsten Zeitabschnitt zu erneuern wünschen. Durch die „Aufzehrung der Kündigungsmöglichkeiten für den laufenden Vertragsabschnitt" wird „der Blick auf den zunächst folgenden eröffnet". Es liegt — um auch weiterhin mit Grimm [35]) zu sprechen — eine „fortschreitende fiktive Erneuerung des Vertrags" vor. Dem Willen der Parteien würde es in diesem Falle zuwiderlaufen, wenn man einen Einheitsvertrag annehmen wollte: Zur Zeit des Vertragsabschlusses waren sich die Parteien völlig unklar darüber, ob sie den zunächst auf einen gewissen Zeitraum fest abgeschlossenen Vertrag über diesen Zeitraum hinaus fortsetzen würden. Ihren nachträglichen Willen zur Vertragserneuerung kann man aber nicht dahin auswerten, daß sie von Anfang an einen Einheitsvertrag schließen wollten.

Es ist hiernach davon auszugehen, daß der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag zunächst einen Vertrag auf bestimmte Zeit, darüber hinaus aber eine Art Rahmenvertrag für künftige auf bestimmte Zeit abzuschließende Einzelverträge enthält. Einen Vorvertrag wird man in der soeben als Rahmenvertrag bezeichneten Vereinbarung des Grundrechtsverhältnisses nicht erblicken können, da eine Verbindlichkeit zum Abschluß des Vertrages, wie sie für die Annahme eines Vorvertrages erforderlich wäre [36]), von den Parteien nicht übernommen wird [37]). Beide Parteien wollen es zunächst dahingestellt lassen, ob sie das Vertragsverhältnis für den künftigen Zeitabschnitt entstehen lassen werden. Die entsprechende Vereinbarung geht dahin, daß sich die Parteien vorbehalten, die Neuentstehung des Vertragsverhältnisses durch eine Kündigung auszuschließen [38]).

Aus dieser Eigenart der Entstehung der Einzelverträge folgt gleichzeitig, daß man ihnen eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit beilegen muß. Bei der Prüfung der Anwendbarkeit des § 4 VglO auf derartige Vertragsverhältnisse wird dieser Selbständigkeit der Einzelverträge Rechnung getragen werden müssen.

---

[33]) Das gleiche gilt für den Pacht- und Mietvertrag.
[34]) Gleicher Ansicht Grimm S. 64 ff.; Kiesow § 4 A. 19 u. 19 a; Kiesow § 29 A. 17; Lenz S. 30 ff.; Maeder S. 54 ff.
[35]) Grimm S. 65 unten.
[36]) Staudinger, Einleitung zu § 145 BGB A. 8.
[37]) Ullmann, Der Einfluß S. 11 ff.
[38]) So auch Ullmann S. 14 ff.

Auf den Vertragsabschnitt, der im Zeitpunkt der Vergleichseröffnung läuft, lassen sich die oben (S. 19—20) bezüglich des auf bestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrags entwickelten Grundsätze anwenden. Hinsichtlich des laufenden Vertragsabschnittes ist der Dienstverpflichtete noch zur Arbeitsleistung, der Dienstberechtigte zur Vergütungszahlung verpflichtet. Es sind auf beiden Seiten noch Erfüllungsansprüche vorhanden, d. h. es liegt ein noch nicht erfüllter Vertrag im Sinne des § 4 VglO vor.

Auf die bereits verstrichenen Vertragsabschnitte läßt sich § 4 VglO nicht anwenden. Regelmäßig wird der Dienstverpflichtete, der zur Vorleistung verpflichtet ist (§ 614 I BGB), die ihm im vergangenen Vertragsabschnitt obliegenden Arbeitsleistungen bereits dargebracht haben, während die Erfüllung seitens des Dienstberechtigten unter Umständen noch ausstehen kann. Aber auch wenn der Dienstverpflichtete nicht genügend Dienste geleistet haben sollte, sind nach Ablauf des Vertragsabschnittes Erfüllungsansprüche seitens des Dienstberechtigten nicht mehr vorhanden, da bezüglich der verflossenen Vertragsperiode das Schuldverhältnis durch Zeitablauf erloschen ist (§ 620 BGB).

Wir kommen bezüglich des auf unbestimmte Zeit laufenden Dienstvertrags somit zu folgendem Ergebnis: Die laufende Vertragsperiode stellt einen noch nicht erfüllten Vertrag im Sinne des § 4 VglO dar. Dagegen liegen bei den früheren Vertragsabschnitten die Voraussetzungen zur Anwendung dieser vergleichsrechtlichen Bestimmung nicht vor.

IV. Die vorzeitige Vertragsabwicklung nach §§ 28, 29 VglO.

1. Die zu Grunde liegenden Billigkeitserwägungen.

Nun lassen sich vielfach Fälle denken, in denen die Regelung des § 4 VglO zu erheblichen Unbilligkeiten führt. Einmal kann es dem Vertragsgegner des Vergleichschuldners nicht ausnahmslos zugemutet werden, mit einemVertragsgegner, dessen Unsicherheit sich herausgestellt hat das Vertragsverhältnis fortzusetzen, zum andern aber wird in vielen Fällen die durch § 4 VglO geschaffene Rechtslage mit dem Zweck des Vergleichsverfahrens, der Sanierung des Schuldners und der Sicherung der Vergleichsdurchführung nicht vereinbar sein.

Um durch die durch § 4 VglO geschaffene Rechtslage nicht das Zustandekommen und die Durchführbarkeit des Vergleichs in Frage zu stellen, mußte eine Regelung getroffen werden, die ausnahmsweise beiden Parteien eines noch nicht oder nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages die Möglichkeit gibt, das schwebende Vertragsverhältnis vorzeitig abzuwickeln.

Diesem Zweck dienen die §§ 28, 29 VglO [39]). § 28 Abs. 1 VglO bestimmt:

> Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann jeder Vertragsteil mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung oder weitere Erfüllung ablehnen.

Für Miet-, Pacht- und Dienstverträge gibt § 29 VglO eine Sonderregelung. Auf Dienstverträge, bei denen der Vergleichsschuldner der Dienstberechtigte ist, findet die oben erwähnte Bestimmung des § 28 VglO mit der Maßgabe Anwendung, daß an Stelle der Befugnis zur Ablehnung der Erfüllung oder weiteren Erfüllung die Befugnis tritt, das Vertragsverhältnis ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen (§ 29 Abs. 2 VglO). Im Gegensatz zu der vergleichsrechtlichen Regelung der anderen gegenseitigen Verträge ist hier, ebenso wie bei Miet- oder Pachtverträgen eine sofortige Lösung des Vertragsverhältnisses nicht zulässig. Vielmehr wird im Falle der Ausübung der Kündigung der Dienstvertrag befristet, nämlich zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin, aufgelöst.

2. Ablehnung und Kündigung nach §§ 28, 29 VglO.

Die Kündigung ist ebenso, wie die Vertragsablehnung, ein höchst persönliches Recht. Sie kann von einem Dritten oder von der Vertrauensperson aus eigenem Recht mithin nicht ausgeübt werden [40]).

Stellt keine der Parteien innerhalb der in § 28 II VglO vorgesehenen Wochenfrist [41]) das Gesuch um Ermächtigung zur Kündigung oder wird dasselbe vom Vergleichsgericht abgelehnt, so bleibt es bei der Nichtbeteiligung am Vergleichsverfahren. Der Vertrag ist so zu erfüllen, als ob das Vergleichsverfahren nicht eröffnet wäre.

Soll Erfüllung gewählt werden, so bedarf es an sich keiner Erklärung, da die Erfüllung des bestehenden Vertragsverhältnisses die Regel ist. Hat aber eine Partei eine Erklärung dahin abgegeben, daß sie Erfüllung wähle, so ist sie damit an ihre Wahl gebunden und kann von dem Ablehnungs- bzw. Kündigungsrecht nicht mehr Gebrauch machen [42]).

---

[39]) Auch die §§ 50, 51 VglO Entw. geben die Möglichkeit vorzeitiger Vertragslösung. Jedoch können Erfüllungsablehnung und Kündigung nach dem Entw. nur durch den Schuldner erfolgen.

[40]) Trotz dieses höchst persönlichen Charakters kann bei der Ausübung der Kündigung die Vertrauensperson oder eine andere Person als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Vergleichsschuldners tätig werden.

[41]) Vgl. hierzu ausführlicher Kiesow § 4 A. 23.

[42]) Kiesow § 28 A. 16; Maeder S. 24.

Will einer der beiden Vertragsteile das Dienstverhältnis kündigen, so muß er seinem Vertragsgegner eine entsprechende Erklärung abgeben. Die Kündigung nach § 29 VglO ist, ebenso wie die Ablehnungserklärung aus § 28 VglO, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen zu beurteilen. Grundsätzlich muß sie dem Vertragsgegner gegenüber ausdrücklich erklärt werden; sie kann jedoch auch durch konkludente Handlungen zum Ausdruck gebracht werden. Bloßes Schweigen auf die Anfrage des Gegners, ob gekündigt werde, kann noch nicht als Ablehnungserklärung angesehen werden [43]).

3. Die Ermächtigung.

Die Kündigung nach § 29 VglO kann ebenso wie die Ablehnungserklärung gemäß § 28 VglO nur mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts erfolgen [44]). Die Ermächtigung bestimmt Maeder (S. 27) als „den auf einseitigen Antrag einer Partei im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden Beschluß, der ohne die Kraft eines Gestaltungsaktes zu haben, Voraussetzung der Wirksamkeit der vom Vergleichsschuldner oder seinem Vertragsgegner zu erklärenden Ablehnung oder Kündigung eines zur Zeit der Vergleichseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrages ist."

Das Gericht wird in dem Verfahren auf Erteilung der Ermächtigung auf Antrag tätig. Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt werden [45]). Geht er nach Ablauf der gesetzlichen Ausschlußfrist [46]) von zwei Wochen ein, so ist das von Amts wegen zu berücksichtigen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht möglich, da die Zwei-Wochenfrist des § 28 Abs. 2 VglO keine Notfrist ist [47]).

Die Entscheidung über die Erteilung der Ermächtigung kann gemäß § 10 VglO ohne mündliche Verhandlung ergehen. Findet, wie es vielfach wegen der Anhörung der Vertrauensperson und des Vertragsgegners geschieht, eine mündliche Verhandlung statt, so wird die Entscheidung über den Antrag auf Ermächtigung am Schluß der mündlichen Verhandlung oder in einem in derselben anberaumten Verkündungstermin bekannt gegeben (§ 8 VglO in Verbindung mit §§ 495, 329 I ZPO) [48]). Findet eine mündliche Verhandlung nicht statt, so wird der Beschluß, gleichgültig, ob er die Ermächtigung gewährt oder ver-

---

[43]) Kiesow § 28 A. 17 a; Maeder S. 23 ff.

[44]) Die entgegengesetzte Ansicht von Stritzke (KuT 1927 S. 135) ist abwegig.

[45]) Maeder S. 29.

[46]) Mayer VglO § 28 A. 19.

[47]) Eisold § 28 A. 4; Maeder S. 29.

[48]) So zutreffend Maeder S. 30.

sagt, nur dem Antragsteller zugestellt. Eine Zustellung an den Vertragsgegner ist nicht erforderlich [49]) [50]).

Befindet sich die Ermächtigungsurkunde im Besitz des Antragstellers, so kann dieser nunmehr die Kündigung erklären. Eine vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist, sofern sie nicht nach bürgerlichem Recht auch außerhalb des Vergleichsverfahrens zulässig wäre, ohne Wirksamkeit [51]). Soll sie wirksam werden, so muß sie nach Erhalt der Ermächtigung wiederholt werden. Diese Wiederholung kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen [52]). So wird man etwa in der Übersendung des nachträglich ergangenen Ermächtigungsbeschlusses eine derartige Wiederholung der Kündigung erblicken können.

Eine Vorlegung des Ermächtigungsbeschlusses bei der Kündigung ist nicht vorgeschrieben. Entsprechend der im Bürgerlichen Gesetzbuch für andere einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte getroffenen Regelung [53]) ist jedoch anzunehmen, daß der Empfänger der Kündigungs- oder Ablehnungserklärung deren Wirksamwerden vereiteln kann, indem er die ohne gleichzeitige Vorlegung des Ermächtigungsbeschlusses erfolgende Kündigung oder Ablehnung unverzüglich zurückweist [54]).

Ob die Ermächtigung seitens des Vergleichsgerichts auch befristet werden, d. h. ob ein Endtermin für die Wirksamkeit des Ermächtigungsbeschlusses hinzugefügt werden kann, ist streitig. Man wird jedoch eine derartige Befristung zulassen können, da, wie Kiesow a. a. O. zutreffend bemerkt, auch Prozeßhandlungen denkbar sind, die befristet werden können [55]).

Eine Zeitschranke innerhalb der der Schuldner von der der Ermächtigung des Gerichts Gebrauch machen muß, gibt das Gesetz nicht. Trotzdem ist entgegen Cohn (KuT 1931/3 u. 103) und Jaffa (KuT 1931/34), nach deren Meinung die Ablehnung bzw. Kündigung sogar noch nach Beendigung des Vergleichsverfahrens erklärt werden kann, der ratio legis zu entnehmen, daß es eine derartige Zeitschranke gibt: Es muß dem Gläubiger,

---

[49]) Kiesow § 28 A. 21; Maeder S. 30; RG 114/387; Steindler S. 27. A. M. Lucas S. 91.

[50]) Nach § 50 II a. E. VglO Entw. ist der Ermächtigungsbeschluß dem Schuldner, dem Vergleichsverwalter und dem Vertragsgegner zuzustellen.

[51]) Kiesow § 29 A. 12. So auch der Entw. nach dem zur Ablehnung bzw. Kündigung „vorgängige Ermächtigung" erforderlich ist.

[52]) Kiesow § 29 A. 21 und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung.

[53]) Vgl. z. B. §§ 111, 174, 1831 BGB.

[54]) Eisold § 28 A. 5; Kiesow § 28 A. 21.

[55]) Zustimmend Braß KuT 1931/114; Cohn KuT 31/6; Eisold § 28 A. 4; Nagel S. 65. a. M. Cahn VglO S. 188; derselbe in JW 28/1121; derselbe in JW 32/149 u. KuT 31/36; Maeder S. 227; Samolewitz VglO S. 69; Goldmann ZHR 97/171, der de lege ferenda Einführung einer Befristung empfiehlt.

der im Falle der Kündigung oder Erfüllungsablehnung hinsichtlich seiner Schadenersatzforderung am Vergleichsverfahren beteiligt ist, noch möglich sein, sich wirklich an dem Vergleichsverfahren, insbesondere an der Abstimmung über den Vergleichvorschlag, zu beteiligen. Hieraus folgt aber, daß eine Ablehnung bzw. Kündigung nach Bestätigung des Vergleichs keinesfalls mehr zulässig ist, daß aber darüber hinaus die Ablehnungserklärung des Vergleichsschuldners dem Gläubiger so rechtzeitig zugehen muß, daß er noch an dem Vergleichstermin teilnehmen und dort seine Stimme abgeben kann [56]) [57]) [58]).

Über die Erteilung der Ermächtigung entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Bei der Erteilung der Ermächtigung an den Schuldner hat es das Vorliegen von zwei Voraussetzungen zu prüfen: Einmal muß die Erfüllung des Vertrags das Zustandekommen oder die Ausführbarkeit des Vergleichs gefährden und weiterhin darf die Ablehnung der Erfüllung dem anderen Teile keinen unverhältnismäßigen Schaden bringen. Vor der Entscheidung über die Erteilung der Ermächtigung soll das Gericht die bestellte Vertrauensperson und den Vertragsgegner hören (§§ 29, 28 Abs. 2 VglO). Die Prüfung dieser Voraussetzungen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes „Sollvorschrift", deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit der Ermächtigung nicht berührt [59]). Dagegen können aus einer Verletzung dieser Sollvorschrift durch den Vergleichsrichter gegebenenfalls Schadenersatzansprüche gegen den Staat gemäß § 839 BGB, Art. 131 RV hergeleitet werden.

Welche Gesichtspunkte für das Gericht bei Erteilung der Ermächtigung an den Gläubiger maßgebend sein sollen, wird vom Gesetz nicht ausgeführt. Die Begründung spricht sich hierüber folgendermaßen aus [60]): Die Ermächtigung wird dem Gläubiger zu versagen sein, wenn er trotz Sicherstellung der Erfüllung die Gelegenheit benutzen will, um sich von einem für ihn ungünstigen Vertrage zum Nachteil des Schuldners und der übrigen Gläubiger loszusagen.

4. Die Wirkung der vorzeitigen Vertragslösung.

Erklärt der Antragsteller, also der Dienstberechtigte oder der Dienstverpflichtete, bei einem Dienstvertrag, bei dem der

---

[56]) So auch Kiesow § 28 A. 22a; derselbe in JW 1931/2165; Eisold § 28 A. 6; OLG Stuttgart in KuT 1932/101.

[57]) Vgl. im übrigen über den Streitstand ausführlich Kiesow § 28 A. 22.

[58]) Nach § 50 III VglO Entw. können Kündigung oder Erfüllungsablehnung nur binnen zwei Wochen nach Zustellung des Ermächtigungsbeschlusses an den Schuldner, nach dem Beginn der Abstimmung jedoch nicht mehr erklärt werden.

[59]) Eisold § 28 A. 8.

[60]) Begründung S. 24.

Vergleichsschuldner der Dienstberechtigte ist [61]) ist, seinem Vertragsgegner unter Vorweisung des Ermächtigungsbeschlusses die Kündigung des Vertragsverhältnisses, so wird das Dienstverhältnis mit Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst und zwar ohne Rücksicht auf die ursprünglich vereinbarte Vertragsdauer. Die gegenseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen mithin zu diesem Zeitpunkt, und es tritt an Stelle des Erfüllungsanspruchs für die in Fortfall gekommene Zeitdauer kraft Gesetzes ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, von dem noch unten zu sprechen sein wird.

5. Spezialfragen.

Die Lossagungsbefugnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist soll den Vergleichsschuldner von Verpflichtungen aus langfristigen Dienstverträgen befreien, so z. B. wenn ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Dienstvertrag noch längere Zeit läuft oder wenn bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrag Kündigungsfristen vereinbart sind, die länger sind als die gesetzlichen.

Ist eine kürzere als die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart, so ist diese kürzere Kündigungsfrist maßgebend [62]). Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 29 VglO, der im Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen der §§ 10, 11, GAVO und § 19 KO den Zusatz „falls nicht eine kürzere Frist bedungen war" nicht enthält, wohl aber aus dem Zweck und dem Sinn des § 29 VglO. Wie § 28 VglO und §§ 10, 11 GAVO soll auch § 29 VglO die vorzeitige Vertragsabwicklung erleichtern, keinesfalls aber erschweren.

Für unsere Auffassung spricht neben der Begründung [63]), daß § 30 VglO einen Schadensersatzanspruch für v o r z e i t i g e Kündigung gibt. Von einer vorzeitigen Kündigung kann nicht die Rede sein, sobald die vertragliche Kündigungsfrist kürzer ist als die gesetzliche, und es müßte in diesem Falle der Schadensersatzanspruch aus § 30 VglO in Fortfall kommen. Dann kann aber auch § 29 VglO wegen der inneren Abhängigkeit von § 30 VglO nicht mehr anwendbar sein. Am überzeugendsten ist die Auffassung Kiesows [64]), wonach eine Kündigung mit der vertraglichen Kündigungsfrist ein Stehenbleiben beim Vertrage, also nicht Kündigung im Sinne des § 29 VglO, sondern Wahl der Erfüllung bedeutet. Das gleiche gilt dann, wenn vertragliche und

---

[61]) Nur in diesem Falle hat das VglVf einen Einfluß, während das Vermögen des Dienstverpflichteten grundsätzlich keinen Einfluß auf das schwebende Dienstverhältnis hat.

[62]) Hierunter fällt es auch, wenn die Parteien für den Fall der Vergleichseröffnung sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses vereinbart haben.

[63]) Amtliche Begründung S. 25.

[64]) Kiesow § 29 A. 10.

gesetzliche Kündigungsfrist zusammenfällt. Auch hier ist die Kündigung zu der vertraglichen, zufällig mit der gesetzlichen übereinstimmenden Kündigungsfrist, ein Stehenbleiben beim Vertrage.

Eine weitere Kontroverse hat sich in diesem Zusammenhange noch ergeben und zwar steht sie in enger Beziehung zu der soeben erörterten: Es ist die Frage, ob im Falle einer Kündigung mit einer kürzeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist und ebenso in dem Falle des Zusammentreffens von gesetzlicher und vertraglicher Kündigungsfrist eine Ermächtigung erforderlich ist. Diese Frage, die für den Geltungsbereich der Geschäftsaufsichtsverordnung verschiedentlich bejaht worden war [65]), ist für die Vergleichsordnung auf Grund des Wortlauts des § 29 VglO zu verneinen. Zudem bedeutet die Kündigung mit der vertraglichen Kündigungsfrist, wie bereits oben dargelegt, ein Stehenbleiben beim Vertrage und hierzu ist eine Ermächtigung nicht erforderlich [66]).

Kann daneben die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Dienstberechtigten einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses im Sinne des § 626 bedeuten? Diese Frage ist mit der herrschenden Meinung [67]) zu verneinen, da sich gerade aus der Regelung des Dienstvertrages in § 29 VglO ergibt, daß die Eröffnung des Vergleichsverfahrens als solche einen wichtigen Kündigungsgrund nicht darstellt. Es lassen sich allerdings Fälle denken, wo irgendwelche mit der Vergleichseröffnung in einem gewissen Zusammenhang stehende Umstände eine Kündigung aus wichtigem Grunde zulässig erscheinen lassen [68]).

V. Der Schadensersatzanspruch aus § 30 VglO.

Die Kündigung seitens eines der Vertragsteile hat die Auflösung des Dienstverhältnisses für die Zukunft zur Folge. Für dieses vorzeitige Erlöschen des Vertragsverhältnisses billigt das Gesetz dem Dienstverpflichteten einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu (§ 30 VglO). Begründet ist dieser Anspruch in der positiven Vorschrift des § 30 VglO [69]). Es braucht und darf für diesen Anspruch, wie Kiesow (§ 29 A. 36 und § 28 A. 33) zutreffend betont, nicht auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zurückgegangen werden [70]). Der

---

65) Erdel in ArbR 1927 Sp. 173 ff.; LG Dresden in NZfArb, ferner RAG 405/1928 in KuT 1929/26 = JW 1929 S. 1406.

66) Ebenso LAG Dresden in KuT 1929 S. 58 ff.; Fuchs ZBH 1929/189; Nagel S. 76; Neesse KuT 1929/51 ff.; Klotz in NZfArbR 1933/127.

67) Kiesow § 29 A. 39; Maeder S. 72; Nagel S. 79 ff.

68) Kiesow § 28 A. 39; Nagel S. 79 und die dort erwähnten Beispiele.

69) Die gleiche Regelung trifft § 52 VglO Entw.

70) Im Konkursrecht ist es bezüglich der entsprechenden Vorschrift des § 26 S. 2 KO außerordentlich bestritten, ob der Anspruch auf § 26 KO selbst beruht oder auf allgemein bürgerlich rechtlichen Vorschriften, so daß § 26 KO nur deklaratorische Bedeutung zukommen würde.

Schadensersatzanspruch steht dem Dienstverpflichteten auch dann zu, wenn er selbst gekündigt hat, weil auch diese Kündigung durch die ungünstige Vermögenslage des dienstberechtigten Schuldners veranlaßt und daher von dem Schuldner zu vertreten ist (Begründung S. 24).

Der Anspruch ist ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Mangels anderer gesetzlichen Regelung greift § 249 BGB ein. Unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist — ebenso wie im Konkurs [71]) — das Vertragsinteresse im Sinne der Differenztheorie [72]) zu verstehen, da nach Ablauf der Kündigung der schadensersatzberechtigte Dienstverpflichtete weder zur vertragsmäßigen Erfüllung verpflichtet noch zur Einziehung der Gegenleistung berechtigt ist [73]). Der Dienstverpflichtete kann daher beanspruchen, so gestellt zu werden, wie wenn das Dienstverhältnis von beiden Seiten bis zu seinem vertraglich vorgesehenem Endtermin forgeführt worden wäre.
Erwirbt er infolge des Freiwerdens seiner Tätigkeit anderwärts etwas, so muß er seinen Schadensersatzanspruch um den dort verdienten Betrag ermäßigen, weil in Höhe des anderwärts erworbenen Betrages ein Schaden nicht mehr vorliegt [74]). Unterläßt er es, eine ihm gebotene zumutbare anderweitige Tätigkeit zu übernehmen, so ermäßigt sich die Schadensersatzforderung um den Betrag, den der Dienstberechtigte hätte verdienen können, da insoweit die Endigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr ursächlich für den Schaden ist.

Hinsichtlich dieses Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung ist der Dienstverpflichtete am Vergleichsverfahren beteiligt, und wird von dem Vergleiche betroffen. Bezüglich seiner übrigen Ansprüche tritt durch die Kündigung keinerlei Änderung ein. Soweit also die Voraussetzungen des § 4 VglO für die Zeit des Bestehens des Vertrages gegeben sind, ist der Dienstverpflichtete nicht am Vergleichverfahren beteiligt.

VI. Einzelfragen.

1. Die Rechtslage bei Teilleistungen.

Wenn der Schuldner bereits Teilleistungen erbracht hat, für die er infolge der vorzeitigen Vertragsabwicklung Gegenleistungen nicht erhält, so sind dem Gläubiger diese empfangenen Teilleistungen auf die ihm zustehende Schadensersatzforderung anzurechnen [75]). Es liegt insofern ein Fall der compensatio lucri cum damno vor, während eine Aufrechnung wegen der Unselb-

---

71) Vgl. Jaeger KO § 17 A. 44; Schrader S. 58.
72) RG 50/255; 58/177; 60/349; 102/62.
73) So zutreffend Maeder S. 44; Steindler S. 29.
74) Kiesow § 29 A. 36.
75) So Kiesow § 28 A. 34 ff.; Maeder S. 44 ff.; Steindler S. 29 ff.

ständigkeit und wechselseitigen Abhängigkeit der Ansprüche nicht möglich ist [76]).

Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung des Falles, daß die Teilleistungen des Schuldners höher sind, als der Schadensersatz, den der Gläubiger beanspruchen kann, eine Schwierigkeit, die ebenfalls im Bereich des § 17 KO auftritt. Das Reichsgericht wendet für den Fall des Konkursverfahrens die Bestimmung des § 325 BGB entsprechend an [77]) und kommt mithin zu dem Ergebnis, daß, soweit der Gemeinschuldner geleistet habe, der Vertrag unverändert bestehen bleibe, so daß die Konkursmasse trotz der Erfüllungsablehnung einen entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangen könne. Die herrschende Meinung billigt indessen der Konkursmasse für diesen Fall nur einen Bereicherungsanspruch in Höhe der überschießenden Teilleistungen zu [78]).

Für das Gebiet des Vergleichsrechts ist diese Frage dahin zu beantworten, daß dem Vergleichsschuldner lediglich in Höhe der zu viel gezahlten Beträge ein Bereicherungsanspruch auf den Überschuß zusteht [79]). Aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die weitere Erfüllung abgelehnt wird und ebenso aus der Begründung [80]) ergibt sich deutlich, daß im Vergleichsverfahren für Erfüllungsansprüche keinerlei Raum mehr ist. Es kommen nur Bereicherungsansprüche in Frage und zwar liegt, wie Kiesow [81]) zutreffend bemerkt, ein Fall des § 812 I, 2 Halbsatz 2 BGB — condictio causa data, causa non secuta — vor [82]).

Hat umgekehrt der Gläubiger Teilleistungen bewirkt und erhält er nun infolge der Kündigung keine Gegenleistungen, so kann er diese Teilleistungen nicht aus Bereicherungsgrundsätzen heraus verlangen. Der Gläubiger kann die von ihm bewirkten Teilleistungen bzw. deren Wert seiner Schadensersatzforderung zuzählen. Er nimmt dann mit der ganzen Forderung am Vergleichsverfahren teil und wird von dem Vergleiche betroffen.

2. Die Abdingbarkeit der §§ 28—30 VglO.

Ob und inwieweit die Vorschriften über die vorzeitige Vertragsabwicklung und dem hieraus entspringenden Schadensersatzanspruch abdingbar sind, ist außerordentlich bestritten.

Kiesow [83]), Cahn [84]) und Carlebach [85]), die davon ausgehen,

---

76) Maeder S. 46 und daselbst A. 1.
77) RG 73/58.
78) Vgl. Jaeger § 17 A. 46; Mentzel § 26 A. 4; Schrader S. 62.
79) Maeder S. 45; Kiesow § 28 A. 35 und die dortigen zahlreichen Literaturnachweise; Steindler S. 29—30.
80) Amtliche Begründung zu § 24 der Reichstagsvorlage, S. 24 Abs. 2.
81) Kiesow § 28 A. 35.
82) So für das Konkursrecht Unger, Bresl. Diss. 1912 S. 54.
83) Kiesow § 28 A. 39 ff.
84) Cahn VglO S. 188; derselbe in KuT 1929/185 ff.; derselbe in JW 1932/149 und 2557.
85) Carlebach KuT 1931/163 ff.

daß es im freien Belieben des Schuldners stehe, ob er von dem ihm durch die Vergleichsordnung gegebenen Ablehnungs- bzw. Kündigungsrecht Gebrauch mache, kommen zu dem Ergebnis, daß die §§ 28, 29 VglO [86]) von vornherein wegbedungen werden könnten. Auch Samolewitz [87]) kommt zu demselben Ergebnis und zwar begründet er seine Ansicht damit, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit unser heutiges Recht so beherrsche, daß Ausnahmen im Gesetz ausdrücklich festgelegt sein müßten.

Eine große Anzahl Schriftsteller [88]) hat sich hingegen für die Unabdingbarkeit der §§ 28, 29 VglO ausgesprochen. Von ihnen wird angeführt, daß die entsprechende Bestimmung in der Konkursordnung (§ 17 KO) nach herrschender Meinung zwingendes Recht sei [89]) und daß die Bestimmungen des § 17 KO wie der §§ 28, 29 VglO in gleicher Weise nicht für die Vertragsparteien, sondern auch für die anderen Gläubiger [90]) und für den Staat [91]) von großer Bedeutung wären. Die Ziele des Gesetzes seien so wesentlich, daß sie nicht durch gegenteilige Parteiabmachungen durchkreuzt werden dürften [92]).

Würde man der Ansicht folgen, daß die §§ 28, 29 VglO im voraus abgedungen werden können, so ergäbe sich die Frage, welche Wirkung eine solche Vereinbarung haben würde. Cahn steht auch jetzt noch [93]) auf dem Standpunkt, daß die Wegbedingung der §§ 28, 29 VglO wiederum Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages sei, von dem der Vergleichsrichter befreien könne, obgleich bereits Nagel [94]) überzeugend nachgewiesen hat, daß diese Ansicht zu einem circulus vitiosus führen muß [95]). Kiesow [96]) teilt hingegen nunmehr die von Samolewitz [97]) vertretene Ansicht, wonach die Abrede keinen Teil eines gegenseitigen Vertrages, sondern ein selbständiges Abkommen über ein bestimmtes prozessuales Verhalten darstelle. Komme eine Vertragspartei entgegen dieser Abrede doch um die Ermächtigung ein, so könne der Vertragsgegner diesem Verlangen die Einrede der Arglist entgegensetzen [98]).

---

[86]) Über die Abdingbarkeit von § 30 VglO siehe weiter unten.
[87]) Samolewitz § 28 A. 11.
[88]) Maeder S. 39; Nagel S. 133 ff.; Rühl ZZP 56/172 ff.; Schumann KuT 1931/177 ff.; Weitzmann KuT 1931/178 ff.
[89]) Vgl. Jaeger § 17 A. 55 b.
[90]) So z. B. Nagel S. 31.
[91]) Das betont Weitzmann KuT 1931/178.
[92]) Rühl ZZP 56/174.
[93]) Cahn in JW 1932 S. 2557.
[94]) Nagel S. 133 ff.
[95]) Kiesow (§ 28 A. 40) hat nunmehr diese früher auch von ihm vertretene und von Pinner (ZHR 1928/393) als „doktrinär" bezeichnete Ansicht aufgegeben.
[96]) Kiesow § 28 A. 40.
[97]) Samolewitz § 28 A. 11.
[98]) Vgl. hierüber ausführlicher Kiesow a. a. O. und die dort angeführte Literatur.

Die Zwecke der §§ 28, 29 VglO sind einmal die Sanierung des vergleichswürdigen Schuldners, zum anderen aber sollen diese Vorschriften dafür Sorge tragen, daß der geschlossene Vergleich auch durchgeführt werden kann. Von dieser Überlegung ausgehend kommt man zu dem Ergebnis, daß vertragliche Vereinbarungen, durch die die Lösbarkeit des Vertragsverhältnisses im Vergleich mit der gesetzlichen Regelung in den §§ 28, 29 VglO zugunsten des Schuldners erleichtert wird, als zulässig anzusehen sind [99]). Zulässig wäre es demnach, wenn das Erfordernis der gerichtlichen Ermächtigung ausgeschlossen oder wenn etwa vereinbart wird, daß mit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen eines Vertragsteils das Vertragsverhältnis erlöschen oder dem Gegner ein Rücktrittsrecht zustehen soll [100]). Eine Erschwerung oder gar der Ausschluß des schuldnerischen Ablehnungs- bzw. Kündigungsrechts wäre jedoch mit den Zwecken des Präventivakkordes nicht vereinbar [101]). Wenn es auch dem Schuldner freisteht, ob er von der vorzeitigen Vertragsabwicklung Gebrauch machen will oder nicht, so muß er doch jedenfalls die rechtliche Möglichkeit haben, die §§ 28, 29 VglO für sich in Anspruch zu nehmen und darf hieran nicht durch früher getroffene Abreden gehindert sein. Die Annahme der gegenteiligen Ansicht würde in vielen Fällen den Abschluß und die Durchführbarkeit des Vergleichs in Frage stellen [102]) [103]).

Daß § 30 VglO, wonach der Gläubiger mit dem aus der vorzeitigen Vertragsabwicklung gemäß §§ 28, 29 VglO resultierenden Schadensersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt ist, zwingenden Rechts ist, ist allgemein anerkannt. Wirkungslos wäre daher eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Schadensersatzanspruch am Vergleichsverfahren nicht teilnehmen, sondern der Gläubiger in voller Höhe befriedigt werden soll [104]). Eine Vereinbarung über die Höhe der Ersatzforderung kann im voraus wirksam getroffen werden [105]), während, wie ich mit Nagel (S. 135 A. 1) entgegen Kiesow (a. a. O.) annehme, eine Vertragsstrafe für den Fall der Erfüllungsablehnung nach §§ 28, 29 VglO nicht wirksam fest-

---

99) Kiesow § 28 A. 41; Maeder S. 38—40; Rühl ZZP 56/172 ff.; Steindler S. 34.

100) Rühl ZZP 56/172; Kiesow § 28 A. 4.

101) So zutreffend Maeder S. 40; Nagel S. 133; Steindler S. 31; Schumann KuT 1931/177; Weitzmann KuT 1931/178; Rühl ZZP 56/172 ff.; a. A. Cahn, Carlebach, Kiesow (Vgl. oben Anm. 83—85).

102) So auch Nagel S. 133.

103) Übereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht schlägt § 53 VglO Entw. vor: „Auf eine Abrede, durch die die Anwendung der §§ 50—52 im voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, können sich die Vertragsteile nicht berufen".

104) Kiesow § 28 A. 37; Maeder S. 40; Nagel S. 133.

105) Kiesow § 28 A. 37; Steindler S. 32.

gesetzt werden kann. Hinsichtlich der vereinbarten Schadensersatzforderung wird der Gläubiger vom Vergleich betroffen.

Ist hinsichtlich der Lösbarkeit des Vertragsverhältnisses eine Vereinbarung der oben [106]) als zulässig bezeichneten Art getroffen, so entsteht kein Schadensersatzanspruch gemäß § 30 VglO, da dieser Anspruch nach dem Wortlaut des Gesetzes nur dann entsteht, wenn Ablehnung oder Kündigung auf Grund der gerichtlichen Ermächtigung erfolgt sind [107]). Wenn dagegen die Vertragsabwicklung gegenüber der gesetzlichen Regelung nur erleichtert ist, wie dies im Falle des Verzichts auf das Ermächtigungserfordernis der Fall ist, so wird § 30 VglO analog anzuwenden sein [108]).

3. Freiwillige Beteiligung eines nicht beteiligten Gläubigers.

Eine freiwillige Beteiligung eines nicht beteiligten Gläubigers am Vergleichsverfahren ist nicht möglich [109]), da die Vorschriften über Beteiligung am Vergleichsverfahren zwingendes Recht sind. Wer nicht beteiligt ist, kann nicht durch Verzicht auf die Nichtbeteiligung oder Zustimmung zur Beteiligung „beteiligter Gläubiger" des Vergleichsverfahrens werden.

Die einzigen Möglichkeiten, von einem nicht beteiligten zu einem beteiligten Gläubiger zu werden, sind die §§ 28—30 VglO sowie § 64 KO in Verbindung mit § 2 VglO. Die erste dieser Möglichkeiten, die über Erfüllungsablehnung bzw. Kündigung führt, wurde oben erörtert. Die zweite Möglichkeit ist die, daß ein Gläubiger, dem ein Absonderungsrecht zusteht, auf das der Absonderung zugrunde liegende dingliche Recht verzichtet. Die Zulässigkeit eines derartigen Verzichts ergibt sich aus § 64 KO, der auch für das Vergleichsverfahren gilt (§ 2 VglO). Bis zu einem derartigen Verzicht wird der Gläubiger als bedingt beteiligt [110]) behandelt, während er nach erfolgtem Verzicht beteiligter Gläubiger im Sinne des § 2 VglO ist.

Auch den Vorrechtsgläubigern des § 61 Nr. 1—5 KO ist es nicht möglich, unter Verzicht auf ihr Vorrecht zu beteiligten Gläubigern des Verfahrens zu werden. Hierzu bemerkt zutreffend Kiesow [111]), daß es nichts beweise, daß diese Gläubiger im Konkursverfahren auf ihr Vorrecht verzichten könnten. Im Konkursverfahren sei nämlich ein Gegenstand vorhanden, auf

---

106) Vgl. oben S. 54—55.
107) Maeder S. 40; Steindler S. 32.
108) Lucas S. 93; Maeder S. 44; Mayer § 17 A. 30.
109) Kiesow § 2 A. 115 ff.; RG 129/228; RG II 222/1932 vom 6. Dezember 1932 in KuT 1933/24 ff.; Cahn VglO S. 151; Cohn JW 1930/2759; für die GAVO vgl. RG 112/54.
110) Für den Konkurs vgl. RG 64/427.
111) Kiesow § 2 A. 115 b; ebenso Jaeger Lehrb. S. 223; a. M. Mayer zu § 2 A. 46 S. 57.

den verzichtet werden könne. Im Vergleichsverfahren fehle es dagegen an einem derartigen Gegenstande, da die Vorrechtsgläubiger nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2 VglO überhaupt keine verfahrensrechtliche Stellung hätten.

Neuerdings hält Levy [112]) eine freiwillige Beteiligung am Vergleichsverfahren für unzulässig. Unter Hinweis auf Jaeger (KO 5. Aufl. § 71 A. 7) legt er dar, daß § 2 VglO zweierlei Normen enthalte: eine den Schutz sämtlicher Gläubiger bezweckende und daher zwingende Norm der Gleichberechtigung der Gläubiger und eine den Schutz einzelner Gläubiger bezweckende und daher nachgiebige Norm, durch die der Grundsatz von der Gleichberechtigung der Gläubiger durchbrochen werde. Hieraus folge, daß die beteiligten Gläubiger niemals durch Vereinbarung mit dem Schuldner zu nicht beteiligten, daß aber die nicht beteiligten Gläubiger durch Aufgabe ihrer Vorzugsstellung zu beteiligten Gläubigern werden konnten. Allerdings könne dies nicht in der Weise geschehen, daß der Gläubiger auf seine Stellung als nichtbeteiligter verzichte, sondern die Vereinbarung müsse auf Lösung des gegenseitigen Vertrages mit Wirkung vom Tage der Eröffnung des Vergleichsverfahrens gehen, woraus ein Schadensersatzanspruch entstehe. Auch das Konkursvorrecht sei zugunsten einzelner Gläubiger gegeben und sei daher ebenso wie im Konkursverfahren auch im Vergleichsverfahren verzichtbar.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Bezüglich des Konkursvorrechts verkennt Levy, daß, wie Kiesow [113]) zutreffend dargelegt hat, der nach § 61 Nr. 1—5 KO bevorrechtigte Gläubiger außerhalb des Vergleichsverfahrens steht, weil gerade diese Art von Forderungen vom Vergleichsverfahren ausgeschlosen ist [114]). Aber auch hinsichtlich der Möglichkeit einer Beteiligung der übrigen nicht beteiligten Gläubiger kann Levy nicht zugestimmt werden: § 2 VglO enthält neben den von Levy erwähnten beiden Normen noch eine weitere Norm, die ebenfalls zugunsten der Allgemeinheit der Vergleichsgläubiger geschaffen ist: Diese besagt, daß der Moment der Vergleichseröffnung für die Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Vergleichsverfahren maßgebend sein soll. Unter Berücksichtigung der Verpflichtungen bei Vergleichseröffnung wird der Vergleichsvorschlag unterbreitet und die Erfüllbarkeit des Vergleichs geprüft [115]). Würden zu den beteiligten Gläubigern später noch weitere Gläubiger, die ursprünglich nicht beteiligt waren, hinzutreten, so wäre „jede Berechnungsgrundlage über den Haufen geworfen". (So Salomon a. a. O.) Man wird daher auch gegenüber den Ausführungen Levys auf dem Standpunkt

---

112) Levy in KuT 1933 S. 23.
113) Kiesow § 2 A. 115 b.
114) Jaeger, Lehrb. S. 223.
115) Ähnlich auch Salomon JW 31/2187 (Anm.).

stehen bleiben, daß den Parteien eine Dispositionsmöglichkeit hinsichtlich der Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Vergleichsverfahren nicht gegeben und der Weg über die §§ 28—30 VglO sowie der des § 64 KO, in Verbindung mit § 2 VglO der einzige ist, um zu einer Beteiligung am Vergleichsverfahren zu kommen.

Zweiter Titel: Die Anwendung der vergleichsrechtlichen Vorschriften auf den Agenturverlag.

I. Der Handlungsagent als beteiligter Gläubiger nach § 2 VglO.

1. Die Ansprüche des Agenten als „begründete Vermögensansprüche".

Daß der Handlungsagent persönlicher Gläubiger im Sinne der §§ 2 VglO, 3 KO ist und daß der ihm zustehende Anspruch ein Vermögensanspruch ist, bedarf keiner Erörterung. Zu prüfen ist, ob und inwiefern dieser Vermögensanspruch im Zeitpunkt der Vergleichseröffnung „begründet" ist.

Die Art der von dem Geschäftsherrn für die Arbeitsleistung des Agenten geschuldeten Gegenleistung wird durch die vertragliche Vereinbarung bestimmt [1]). Die übliche Entlohnungsform ist die Provision, neben der in der Regel gewisse Auslagen erstattet werden [2]) [3]).

Die Erstattungsforderung für Auslagen entsteht mit dem Augenblick, in dem der Handlungsagent für den Geschäftsherrn in Auslage getreten ist [4]). Hat der Handlungsagent vor der Vergleichseröffnung erstattungsfähige Auslagen gemacht, die ihm noch nicht vergütet sind, so liegt insofern ein begründeter Vermögensanspruch vor.

Stellen die Provisionsforderungen in gleicher Weise einen begründeten Vermögensanspruch dar? Zu Beantwortung dieser Frage bedarf es eines Eingehens auf die Entstehung und den Zeitpunkt der Entstehung der Provisionsforderungen.

Bei einem Dienstvertrag mit Zeitentlohnung, z. B. monatlicher Lohnzahlung, muß zu dem einmal abgeschlossenen Dienstvertrag der Zeitblauf hinzukommen, um die Lohnforderung des Dienstverpflichteten in voller Höhe zur Entstehung und gleich-

---

[1]) Schmidt-Rimpler S. 102.

[2]) Die Verpflichtung zum Aufwendungsersatz, die sich aus den §§ 675, 670 BGB ergibt, wird durch § 90 HGB, wonach der Agent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsbrauchs für im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandene Kosten und Auslagen Ersatz nicht verlangen kann, eingeschränkt.

[3]) Vgl. § 6 des Normalvertrages des Centralverbandes.

[4]) Sie wird auch in dem gleichen Augenblick gemäß § 271 BGB fällig. (Ausführlicher Schmidt-Rimpler S. 184.)

zeitig zur Fälligkeit zu bringen. Auch beim Agenturverhältnis ist ein derartiger Grundvertrag vorhanden. Die Ansprüche auf Provision entstehen aber im Gegensatz zu dem Dienstvertrag gegen Zeitlohn nur dann, wenn zu dem Grundrechtsverhältnis ein weiterer Tatbestand (Zustandekommen eines Geschäfts gemäß § 88 I HGB) hinzutritt [5]).

Von der Entstehung des Provisionsanspruchs handelt § 88 Abs. 1 HGB. Diese Vorschrift bestimmt:

> Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist. Besteht die Tätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittlung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben.

Es muß also das zustande gekommene Geschäft zur Ausführung gelangt sein, und beim Verkaufsagenten soll im Zweifel der Anspruch auf Provision sogar erst mit dem Eingang der Zahlung und nur nach dem Verhälnisse des eingegangenen Betrages erworben sein. Wann kann unter diesen Umständen von einem begründeten Vermögensanspruch gesprochen werden?

Keine Schwierigkeiten bereiten diejenigen Fälle, in denen der Geschäftsherr dem Agenten bereits eine Provisionsabrechnung übersandt hat und lediglich die Bezahlung des auf Grund dieser Abrechnung dem Agenten zustehenden Betrages noch aussteht. Ebenso liegt es bei Geschäften, die bereits ausgeführt sind [6]) und, soweit die Einschränkung des § 88 Abs. 1 S. 2 HGB reicht, bei den schon seitens des Abnehmers bezahlten Lieferungen. In allen diesen Fällen haben wir es bereits mit „begründeten Vermögensansprüchen" zu tun.

Zweifelhaft erscheint die Beurteilung jener Fälle, in denen das Geschäft im Augenblick der Konkurseröffnung zwar schon abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt ist, ferner jener Fälle, wo ein Geschäft noch garnicht zustande gekommen ist, obwohl der Agent die seinerseits erforderliche und mögliche Tätigkeit beendet hat. Schließlich gehören bei der Verkaufsagentur noch diejenigen Fälle hierher, in denen das Geschäft zwar schon ausgeführt, aber der Provisionsanspruch noch nicht erworben

---

[5]) Riesenfeld in JW 1932 S. 758 (Anm.) und derselbe LZ 1932 Sp. 1419 ff.

[6]) Über den Begriff der „Ausführung" vgl. Albrecht Tentler S. 101 ff.; Heine S. 31; Immerwahr S. 144 ff.; Jacusiel S. 56; Schmidt-Rimpler S. 136. Ein Eingehen auf diesen Begriff erübrigt sich an dieser Stelle, weil in den Fällen, wo die Ausführung zweifelhaft sein kann, bereits ein ausführungsbedingter Provisionsanspruch vorliegt, der, wie unten dargelegt werden wird, bereits begründeter Vermögensanspruch ist.

ist, weil die Zahlung seitens des Abnehmers noch nicht eingegangen ist. (§ 88 Abs. 1 S. 2 HGB)

Im folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit in diesen zweifelhaften Fällen bereits „begründete Vermögensansprüche" im Sinne des § 3 KO sowie § 2 VglO vorhanden sind. Zu diesem Zweck ist zu prüfen, in welchem Zeitpunkt die Provisionsansprüche des Handlungsagenten im allgemeinen entstehen.

Das Gesetz gibt uns keinen Anhalt dafür, welche Bedeutung Zustandekommen und Ausführung des Geschäfts für die Entstehung des Provisionsanspruchs haben. Geht man jedoch davon aus, daß dem Zustandekommen des Geschäfts regelmäßig ein Tätigwerden des Agenten, ein Verhandeln mit dem künftigen Kontrahenten des Geschäftsherrn, vorausgehen wird und daß diese Tätigkeit sehr oft dem Zustandekommen des Geschäfts zeitlich erheblich vorausgehen wird, so sind bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung des Provisionsanspruchs drei Auffassungen möglich: [7])

1. Der Provisionsanspurch entsteht bereits in dem Augenblick, in dem die Dienstleistung des Agenten hinsichtlich des in Frage kommenden Geschäfts beendet ist, auch wenn dieselbe zum Abschluß eines Geschäfts noch nicht geführt hat. Der Anspruch ist dann doppelt bedingt: Die erste Bedingung ist das Zustandekommen, die zweite die Ausführung des zustandegekommenen Geschäfts.
2. Der Provisionsanspruch entsteht mit dem Zustandekommen des Geschäfts, bedingt durch die Geschäftsausführung.
3. Der Provisionsanspruch entsteht mit dem Augenblick der Geschäftsausführung, dann allerdings sogleich unbedingt [8]).

Die erste Ansicht, die von Schmidt-Rimpler trotz der von ihm selbst vorgebrachten Bedenken [9]) vertreten wird, ergibt beim Abschlußagenten, dessen Tätigkeit erst mit dem Abschluß als beendigt anzusehen ist, keinen Unterschied gegenüber der zweiten. Beim Vermittlungsagenten führt sie indessen zu Schwierigkeiten. Ob nämlich die Tätigkeit des Agenten im Einzelfall als beendigt anzusehen ist, das wird sich nur in seltenen Fällen feststellen lassen. Der Agent kann z. B. seine Tätigkeit für beendet halten, während der Geschäftsherr noch ein Tätigwerden des Agenten für erforderlich hält. Zuweilen könnte auch nach übereinstimmender Ansicht des Geschäftsherrn und des Agenten die Tätigkeit beeendet sein, während sich später her-

---

[7]) Vgl. zum folgenden Schmidt-Rimpler S. 154 ff.

[8]) Bei einer Verkaufsagentur, für die § 88 Abs. I S. 2 gilt, müßte man in folgerichtiger Ausdehnung dieser dritten Anschauung sogar zu dem Ergebnis kommen, daß der Provisionsanspruch erst mit dem Augenblick der Zahlung seitens des Abnehmers, dann aber sofort unbedingt, entsteht.

[9]) Schmidt-Rimpler S. 156/57.

ausstellt, daß eine weitere Vermittlungstätigkeit noch erforderlich ist [10]). Der Provisionsanspruch wäre in dem Augenblick, wo die Tätigkeit anscheinend beeendet ist, aufschiebend bedingt entstanden. Stellt sich dann das Erfordernis weiterer Vermittlungstätigkeit heraus, so wäre die Bedingung ausgefallen. Von neuem würde der Anspruch bedingt entstehen, sobald die Tätigkeit des Agenten wiederum als beendigt angesehen wird; dann aber wäre abzuwarten, ob wirklich beide Bedingungen eintreten. Diese Ansicht würde, insbesondere im Hinblick auf die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der bedingt entstandenen Provisionsansprüche zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Sie ist darum abzulehnen.

Auch die unter 3 erwähnte Möglichkeit, die übrigens von keiner Seite vertreten wird, ist nicht zutreffend [11]). Wenn die Tätigkeit des Agenten im Falle des Zustandekommens eines Geschäfts den gewünschten Erfolg bereits gezeitigt hat, so muß man dem Agenten auch einen, im Interesse des Geschäftsherrn allerdings bedingten, Provisionsanspruch zuerkennen.

Demgemäß ist der herrschenden Meinung [12]) darin zu folgen, daß der Anspruch auf Provision bereits mit Vertragsabschluß entsteht und aufschiebend bedingt ist durch die Ausdie Ausführung des Geschäfts. Im Falle der Verkaufsagentur tritt im Zweifel an Stelle der Bedingung der Ausführung die Bedingung des Eingangs der Zahlung.

Eine abweichende Ansicht wird neuerdings von Kühlewein [13]) vertreten. Kühlewein sieht den Agenturvertrag nur als eine Art Vorvertrag an, während die Tätigkeit des Agenten hinsichtlich der auf Grund dieses Vorvertrages vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte jeweils für das einzelne Geschäft ein selbständiges Schuldverhälnis sei, das durch Erfüllung untergehe. Diese einzelnen Schuldverhälnisse hätten aber, ähnlich den Teilleistungen beim Sukzessivlieferungsvertrag eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit. Gegenstand der Einzelschuldverhältnisse sei eine Dienstleistung im bestimmten Fall gegen die zugesagte Provision und zwar läge, da die Dienste nur im Erfolgsfalle entlohnt würden, ein Akkorddienstvertrag vor. Wenn die Provision des Agenten, obwohl der Anspruch auf sie, wie Kühlewein meint, nicht aufschiebend bedingt entstehe, erst unter den im Gesetz aufgeführten Umständen verdient sei, so läge das daran, daß der Agent — ähnlich dem Delkredere — eine Garantie übernehme und zwar in Höhe der für ihn zu erwartenden Provision.

---

10) So auch Heine S. 34.
11) So auch Heine und OLG Dresden in DIZ 1906/91.
12) OLG Dresden DIZ 1906/91; Albrecht-Tentler S. 111; Gierke S. 149; Heine S. 34; Düringer-Hachenburg § 88 A. 8; Staub § 88 A. 3.
13) Kühlewein ZBH 1932/20.

Dieser Konstruktion kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht angängig, in dem Agenturvertrag lediglich einen Vorvertrag und in dem Tätigwerden des Agenten hinsichtlich der einzelnen Vermittlungen oder Abschlüsse selbständige Vertragsteile zu sehen [14]). Ebensowenig gibt der der klare Wortlaut des § 88 Abs. 1 HGB irgend einen Anhalt für die Konstruktion eines Garantie- und Sicherungsvertrages [15]). M. E. spricht dieser Wortlaut vielmehr eindeutig für die oben entwickelte [16]) und von der herrschenden Meinung geteilte Ansicht, wonach der Provisionsanspruch des Agenten mit dem Zustandekommen des Geschäftes ausführungsbedingt entsteht.

Nachdem der Zeitpunkt der Entstehung der Provisionsforderungen klargelegt ist, können wir in unserer Untersuchung fortfahren, inwieweit die Provisionsforderungen des Agenten im Konkurs seines Geschäftsherrn begründete Vermögensansprüche sein würden. Als zweifelhaft waren oben [17]) die Fälle hingestellt worden, in denen ein Geschäft im Augenblick der Konkurseröffnung zwar schon abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt war, ferner jene Fälle, wo ein Geschäft noch garnicht zustande gekommen ist, obwohl der Agent die seinerseits erforderliche und mögliche Tätigkeit beendet hat. Schließlich war noch die Beurteilung jener Fälle der Verkaufsagentur zurückgestellt worden, in denen das Geschäft schon ausgeführt, die Zahlung aber noch nicht erfolgt ist.

Die Provisionsansprüche aus noch nicht ausgeführten bei Konkurseröffnung bereits abgeschlossenen Geschäften und ebenso — für den Fall des § 88 Abs. I, 2 HGB — aus bereits ausgeführten aber noch nicht bezahlten Lieferungen sind im Augenblick der Konkurs- bzw. Vergleichseröffnung bereits als aufschiebend bedingte Forderungen entstanden. In dem Falle, wo der Agent die seinerseits erforderliche und mögliche Tätigkeit beendet hatte, besteht dagegen für ihn lediglich eine gewisse Anwartschaft für ein demnächst zustandekommendes und für ihn provisionspflichtiges Geschäft. In diesem Falle ist eine Forderung gegen den Geschäftsherrn noch in keiner Form vorhanden.

Sind diejenigen Ansprüche, die im Moment der Vergleichseröffnung nach dem oben Gesagten als aufschiebend bedingte Forderungen vorhanden waren, begründete Vermögensansprüche im Sinne der §§ 2 VglO 3 KO? In der Literatur wird

---

[14]) So auch Riesenfeld LZ 1932 Sp. 1419. Vgl. im übrigen hierüber noch ausführlicher S. 53 ff.

[15]) Eine ausführlichere Widerlegung ist im Rahmen dieser Untersuchung, die in erster Linie vergleichsrechtlichen Charakter hat, nicht möglich. Vgl. im übrigen unten S. 54.

[16]) Vgl. oben S. 39.

[17]) Vgl. oben S. 37.

allgemein der Standpunkt vertreten, daß auch die aufschiebend bedingten Forderungen begründete Vermögensansprüche im Sinne des § 3 KO darstellen. Man folgert dies aus dem Wortdes § 67 KO, wonach Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung nur zu einer Sicherung berechtigen [18]).

Diese Folgerung aus § 67 KO ist methodisch nicht einwandfrei. Wie Grimm [19]) überzeugend dargetan hat, bestimmt § 67 KO keineswegs, daß die aufschiebend bedingten Forderungen „begründete Vermögensansprüche" seien. Es soll vielmehr in § 67 KO lediglich die Art und Weise geregelt werden, in der gewisse Konkursforderungen, nämlich die aufschiebend bedingten, berücksichtigt werden. „Die Eigenschaft der Forderung, Konkursforderung zu sein, wird genau wie im § 154 KO nicht etwa bestimmt, sondern vorausgesetzt."

In den Fällen, wo Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung vorliegen, ist es demnach ebenfalls erforderlich, auf § 3 Abs. 1 KO zurückzugehen und sich an Hand dieser Gesetzesbestimmung Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine Konkursforderung vorliegt. Ist diese Forderung ihrem Bestande nach eine aufschiebend bedingte, so greift die verfahrensrechtliche Vorschrift des § 67 KO Platz [20]).

Wir haben uns oben (S. 26) der Ansicht Grimms angeschlossen [21]), wonach ein Vermögensanspruch begründet ist, sobald diejenigen juristischen Tatsachen eingetreten sind, die seinen Umfang bestimmen. Hiernach sind diejenigen Provisionsforderungen, die wir oben als aufschiebend bedingt bezeichnet hatten, bereits im Augenblick der Konkurseröffnung begründet. Die juristischen Tatsachen, die den Umfang der Provisionsforderung bestimmen, sind der vertragsmäßig festgelegte Provisionssatz einerseits und das zustande gekommene Geschäft andererseits. In dem Augenblick, in dem das Geschäft zustande gekommen ist, steht bereits fest, welchen Provisionsbetrag der Handlungsagent erhalten wird.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß sämtliche Forderungen des Handlungsagenten, die ihm im Augenblick der Konkurseröffnung als Auslagen und als unbedingte oder aufschiebend bedingte Provisionsforderungen zustehen, „begründete Vermögensansprüche" im Sinne der §§ 2 VglO, 3 KO sind, sodaß der Handlungsagent insofern zu den Konkursgläubigern gehört.

---

18) Vgl. statt aller Jaeger KO 6.—7. Aufl. § 3 A. 15: „Nach ausdrücklicher Vorschrift der §§ 65, 67 KO genügt aber dem Begriffe der Konkursforderung auch die betagte und die aufschiebend bedingte Forderung."

19) Grimm a. a. O. S. 37 ff., besonders S. 44.

20) Daß diese Methode richtiger ist und auch zur Klarstellung des Bedingungsbegriffs beiträgt, zeigen die Darlegungen von Grimm. (Vgl. insbesondere S. 41 ff.)

21) Vgl. Grimm S. 11 ff., 35.

2. Bevorrechtigte Stellung des Agenten im Konkurs des Geschäftsherrn?

Weiteres Erfordernis gemäß § 2 VglO ist, daß der Gläubiger im Falle des Konkursverfahrens nicht bevorrechtigt wäre. Es wird also zu prüfen sein, ob dem Handlungsagenten im Falle des Konkursverfahrens irgendeine Bevorrechtigung zukommen würde. Im einzelnen ist zu untersuchen:

1. ob der Agent das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO genießt,
2. ob ihm ein Recht auf abgesonderte Befriedigung auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zusteht,
3. ob er Massegläubiger gemäß § 59 Z. 3 KO ist, d. h. ob die Masse auf seine Kosten ungrechtfertigt bereichert ist.

1. Vorrecht nach § 61 Z. 1 KO.

Die herrschende Meinung [22] [23] versagt dem Agenten das Vorrecht aus § 61 Z. 1 KO [24]. Der Vertrag zwischen Handlungsagenten und Geschäftsherrn ist zwar ein Dienstvertrag, der Handlungsagent hat sich aber nicht „verdungen". „Der Begriff des Sichverdingens, welcher die Aufgabe der eigenen Selbständigkeit im größeren oder geringerem Umfang voraussetzt, ist unvereinbar mit der rechtlich selbständigen und in Ausführung des eigenen Gewerbebetriebes erfolgenden Vermittlungs- oder Abschlußtätigkeit des Agenten [25]. Fehlt es an dieser Selbständigkeit, so haben wir es mit einem Handlungsgehilfen zu tun. Dagegen ist auch der arbeitnehmerähnliche Agent noch immer Handlungsagent im Sinne des § 84 HGB, sodaß auch ihm das Vorrecht aus § 61 Z. 1 KO nicht zusteht [26]. In Anbetracht der Selbständigkeit des Handlungsagenten ist de lege lata eine Gewährung des Konkursvorrecht des § 61 Z. 1 KO an den Agenten nicht zulässig [27].

---

[22] Vgl. Denkschrift S. 73; RG 62/229; RG II 384/30 vom 5. Juni 1931 in KuT 1931/133; Albrecht-Tentler S. 181; Düringer im „Recht" 1902/601; Jaeger 5. Aufl. § 61 A. 14; Kaiser S. 65; Reich S. 66; Schmidt-Rimpler S. 167 u. 315; Staub § 88 A. 21.

[23] Auch die Rechtsprehung des RAG versagt dem Agenten das Konkursvorrecht. Vgl. RAG in Bensh. S. 8/19, LZ 31/11546 u. LZ 31/1214. Besonders ausführlich vergleiche RAG vom 10. Dezember 1930 in Bensh. S. 10/579.

[24] Anderer Meinung nur Goldmann § 88 4. 3 V, Jacob S. 99—100, Jacusiel S. 127—128, OLG Jena im „Recht" 1901 Nr. 987, Wilmowski-Kurlbaum § 61 A. 4.

[25] So RAG in Bensh. S. 10/579.

[26] Vgl. hierzu Schulte S. 1 ff., besonders S. 35 ff.

[27] De lege ferenda möchte auch ich eine Einführung des Konkursvorrechts für den Handlungsagenten befürworten. Wie Schmidt-Rimpler (Handlungsagent S. 167 und Verhandlungsbericht S. 39) zutreffend darlegt, ist die wirtschaftliche Lage des Agenten eine ähnliche, wie die des Handlungsgehilfen. Das geltende Recht hat nur Schutzbestimmungen für die abhängige Arbeit gegeben. Der Gedanke eines Schutzes der unab-

2. Rechtlose Bereicherung der Masse.

Verschiedentlich wird neuerdings die Ansicht vertreten, es trete eine rechtlose Bereicherung der Masse ein, wenn der Handlungsagent nur gewöhnlicher Konkursgläubiger sei: Der Konkursverwalter ziehe den vollen Kaufpreis zur Masse ein. In diesem sei die Provision des Handlungsagenten enthalten. Wenn der Agent nur die Konkursquote auf seine Provisionsforderungen erhalte, so sei die Masse um die Differenz zwischen der verdienten Provision und der dem Agenten zufließende Quote bereichert. Diese Ansicht wird von dem Centralverbandsentwurf (Begründung zur Abänderung von § 61 KO), von Schmitz (DHZ 1931/58) und Simons (S. 86) vertreten. Wäre dieselbe richtig, so würde eine Masseschuld nach § 59 Z. 3 KO bestehen. Der Handlungsagent wäre insofern Massegläubiger und demnach auch am Vergleichsverfahren nicht beteiligt.

Der Centralverbandsentwurf führt gelegentlich der Begründung des Konkursvorrechts für den Agenten hierüber folgendes aus: „Der Anspruch erscheint um so begründeter, als der Konkursverwalter in der Lage ist, das volle Entgelt für die vor dem Konkurs seitens des Kridars ausgeführten Geschäfte zur Masse einzuziehen. Es wird also die Masse direkt um die Provision des Handelsvertreters bereichert, wenn diese Provision nicht als bevorrechtigte Forderung ausgezahlt wird.“ Ebenso sprechen Schmitz [28]) und Simons [29]) davon, daß die Masse auf Kosten des Agenten ungerechtfertigt bereichert sei.

Die Ansicht, es liege eine rechtlose Bereicherung der Masse vor, trifft nur die Fälle der Verkaufsagentur. Nur hier zieht der Konkursverwalter einen etwa noch ausstehenden Kaufpreis ein. Aber auch hier ist die Auffassung von einer rechtlosen Bereicherung der Masse nicht zutreffend. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß eine Bereicherung der Konkursmasse vorliegen, die Bereicherung darf also nicht etwa schon vor Konkursbeginn zu Gunsten des Gemeinschuldners erfolgt sein [30]). Diese Voraus-

---

hängigen Arbeit, ist im Gesetz bisher noch nirgends verwirklicht. Er erscheint aber, insbesondere wenn die Arbeit in einem Dauerverhältnis geleistet wird, durchaus richtig. (So auch Schmidt-Rimpler Verhandlungsbericht S. 37 ff.)

Die wirtschaftliche Entwicklung hat es mit sich gebracht, daß die Stimmen nach Einführung des Konkursvorrechts für den Handlungsagenten immer zahlreicher geworden sind. Der Centr. Verb. Entw. weist in der mir vorliegenden Form noch die von Schmidt-Rimpler (S. 167 A. 18) m. E. mit Recht beanstandete Einordnung des Handlungsagenten unter unter § 61 Z. 3 KO auf, während ein dem Reichstag vorgelegter Gesetzesantrag (vgl. KuT 1928/109) die Hinzufügung eines 2. Absatzes an § 61 Z. 1 KO erstrebt. Vgl. im übrigen DHZ 1931 S. 281, 254, 378; DHZ 1932 S. 26, 202, 241, 249; DHZ 1933 S. 34. Ferner Albrecht, Wünsche zur Neuordnung des Rechts der Handlungsagenten in ZBH 1929/78.

[28]) Schmitz in DHZ 1931/58.

[29]) Simons a. a. O. S. 86—87.

[30]) Jaeger 5. Aufl. § 59 A. 10.

setzung ist nicht gegeben. Mit dem Augenblick des Geschäftsabschlusses, und dieser liegt ja vor der Vergleichseröffnung, steht dem Geschäftsherrn die Kaufpreisforderung gegen den Käufer zu. Im Falle der Einziehung dieser Kaufpreisforderung durch den Konkursverwalter würde eine Bereicherung der Masse nicht eintreten, weil es sich um eine bereits dem Gemeinschuldner zustehende Leistung handelt. Die Annahme einer bereits vor Konkurseröffnung eingetretenen Bereicherung würde lediglich zu einer Konkursforderung führen [31]).

Es liegt jedoch m. E. eine rechtlose Bereicherung überhaupt nicht vor, wenn der Geschäftsherr bei der Verkaufsagentur den gesamten Kaufpreis einzieht. Der Rechtsgrund hierfür ist der seitens des Geschäftsherrn mit dem Abnehmer geschlossene Kaufvertrag, und es ist bedeutunglos, daß bei Errechnung des Verkaufspreises die Provision des Agenten berücksichtigt wurde und in dem Kaufpreis mit enthalten ist. So wenig wie der Handlungsagent, der gegen den Geschäftsherrn auf Zahlung von Provision klagt, sich auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB) stützen würde, so wenig ist eine derartige Betrachtungsweise im Konkurs oder im Vergleichsverfahren angängig.

Inwiefern jedoch Masseschulden entstehen, wenn der Agent im Konkursfalle Geschäfte noch nach § 672 Abs. 2 BGB vermittelt oder abschließt, (§§ 23 II, 27 KO) oder der Handlungsagent solche auf Grund eines mit dem Konkursverwalter abgeschlossenen Vertrages tätigt, ist hier nicht zu erörtern [32]).

3. Absonderungsrecht.

Von den Rechten auf abgesonderte Befriedigung wird praktisch nur ein solches auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§§ 369, 370 HGB 49 Z. 4 KO) in Frage kommen [33]). Dieser Fall wird sogar recht häufig sein, da der Agent vielfach Kommissionswaren und Muster des Geschäftsherrn in seinem Besitz haben wird.

Im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn kann der Agent das sogenannte Notzurückbehaltungsrecht gemäß § 370 HGB ausüben. Die Voraussetzungen hierfür sind, daß es sich um Forderungen eines Kaufmanns gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften handelt, daß die beweglichen Sachen und Waren, an denen das Zurückbehaltungsrecht aus-

---

31) RG 45/172; 66/390; 94/25; 94/307; Simons S. 87.

32) Vgl. hierüber Schmidt-Rimpler S. 314 ff.; Albrecht-Tentler S. 118; Jacusiel S. 127.

33) Vgl. zum folgenden Staub §§ 369—370; Düringer-Hachenburg § 369—370 sowie von Spezialliteratur über das Zurückbehaltungsrecht des Agenten: Albrecht-Tentler S. 124—132; Heine S. 52 ff.; Schmidt-Rimpler 164 ff.; DHZ 1932 S. 321.

geübt wird, Eigentum des Schuldners sind, daß dieselben mit dem Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt sind und sich noch in seinem Besitz befinden. Im Gegensatz zu dem Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB kann dieses Notzurückbehaltungsrecht des § 370 HGB auch wegen noch nicht fälliger Forderungen ausgeübt werden. Die Anweisung des Schuldners oder die Übernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, steht in diesem Falle ebenfalls nicht entgegen, sofern die Tatsache der Konkurseröffnung erst nach der Übergabe des Gegenstandes oder nach der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt wird.

Während einer Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 369 HGB an den im Besitz des Handlungsagenten befindlichen Mustern die stillschweigende Anweisung des Geschäftsherrn, die Muster zur Vorlage bei den Abnehmern zu verwenden, und in ähnlicher Weise bei Übergabe eines sogenannten Kommissions- oder Konsignationslagers die implicite erteilte Anweisung, sich um den Verkauf des Lagervorrates zu bemühen und etwaige Verkäufe hiervon auszuführen, entgegenstehen würde [34]), werden die Voraussetzungen für eine Ausübung des Notzurückbehaltungsrechts seitens des Agenten im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn im allgemeinen vorliegen [35]). Der Agent könnte somit im Falle der Konkurseröffnung auch hinsichtlich seiner noch nicht fälligen Provisions- und Auslagenforderungen an den Mustern, dem Lager und etwaigen anderen mit dem Willen des Geschäftsherrn auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangten beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners das Notzurückbehaltungsrecht gemäß § 370 HGB ausüben. Voraussetzung ist aber immer, daß es sich um unbedingt entstandene Forderungen handelt [36]). Demnach kann auf Grund der mit dem Zustandekommen des Geschäfts ausführungsbedingt entstandenen Provisonsforderung ein Zurückbehaltungsrecht noch nicht ausgeübt werden, sondern erst dann, wenn das Geschäft ausgeführt, bzw. im Falle einer Verkaufsagentur, für die § 88 I, 2 HGB gilt, sogar erst dann, wenn die Bezahlung seitens des Abnehmers erfolgt ist.

Insoweit dem Handlungsagenten nach dem oben Gesagten ein Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 369,370 HGB zusteht, kann er im Konkurs abgesonderte Befriedigung gemäß § 49 Z. 4 KO verlangen. Der Agent ist insofern bevorrechtigter Konkurs-

---

34) Schmidt-Rimpler S. 165—166; Albrecht-Tentler S. 131; Heine S. 53; Staub § 369 A. 49.

35) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB, das dem Agenten regelmäßig zustehen wird (Albrecht-Tentler S. 124; Rossner S. 35; Schmidt-Rimpler S. 165) bietet im Konkurs keinerlei Vorteile.

36) Staub § 370 A. 2.

gläubiger im Sinne des § 2 VglO und als solcher am Vergleichsverfahren nicht beteiligt.

Trotzdem darf er seine Forderung gemäß § 64 KO, der, wie sich aus § 2 S. 2 VglO ergibt, auch für das Vergleichsverfahren gilt, in voller Höhe anmelden, da die Voraussetzungen des § 64 KO — Zusammentreffen von Sachhaftung und persönlicher Haftung — in der Regel vorliegen werden. Befriedigung kann der Agent jedoch nach dem Grundsatz der Ausfallhaftung nur in der Höhe verlangen, in der er eine solche aus dem Pfandgegenstand nicht erlangt hat oder auch in voller Höhe, wenn er auf das der Absonderung zugrunde liegende Vorzugsrecht verzichtet hat [37]). Der Absonderungsberechtigte wird also als bedingt beteiligt behandelt [38]).

Der Handlungsagent ist also im Vergleichsverfahren seines Geschäftsherrn immer beteiligter Gläubiger im Sinne des § 2 VglO, ausgenommen den Fall, wo ihm ein Zurückbehaltungsrecht oder Notzurückbehaltungsrecht gemäß §§ 369, 370 HGB zusteht.

Aus den zurückbehaltenen Mustern und dem Kommissionslager kann sich der Agent befriedigen, ohne sich um das Vergleichsverfahren zu kümmern. Hierbei stehen im folgenden zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Er erwirkt einen vollstreckbaren Titel gegen den Geschäftsherrn und vollstreckt alsdann in die zurückbehaltenen Gegenstände. Die Zulässigkeit dieser Art der Befriedigung ist in § 369 Abs. 3 HGB besonders erwähnt, obwohl dieselbe auch so fraglos erscheint.

2. Der Handlungsagent kann sich nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches befriedigen. (§ 371 II HGB.) Er muß gemäß § 371 Abs. 4 HGB gegen den Geschäftsherrn Klage erheben, mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, zu gestatten, daß der Kläger sich aus den von ihm zurückbehaltenen Gegenständen wegen seiner Forderung in Höhe von . . . . Reichsmark und den Kosten des Prozesses befriedige. Auf die näheren Modalitäten diese Verkaufs braucht nicht eingegangen zu werden, da die Befriedigung seitens des Agenten gegenüber der durch einen anderen Gläubiger erfolgenden Befriedigung keinerlei Abweichungen aufweist [39]).

Wenn der Agent durch die Befriedigung aus den Mustern und aus dem Lager seine Forderungen an Provisionen und Auslagen in voller Höhe bezahlt erhalten hat, so ist er am Vergleichsverfahren nicht beteiligt. Hat dagegen die Verwertung der zurückbehaltenen Stücke zu einer vollen Befriedigung des

---

[37]) Vgl. oben S. 34.
[38]) Kiesow § 2 A. 115 b.
[39]) Vgl. hierüber Staub zu §§ 369 ff. HGB.

Handlungsagenten nicht geführt, so ist der Agent in Höhe des ihm noch zustehenden Betrages gemäß § 2 VglO beteiligt [40]). Bis zu diesem Zeitpunkt wird er als bedingt beteiligt behandelt.

II. Der Agenturvertrag unter dem Gesichtspunkt des § 4 VglO.

Der Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 4 VglO [41]). Da er, wie oben dargelegt wurde [42]), eine Unterart des Dienstvertrags ist, können wir die für den Dienstvertrag entwickelten Grundsätze auf den Agenturvertrag anwenden.

1. Auch der Agenturvertrag kann auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen sein [43]). Der auf unbestimmte Zeit laufende Agenturvertrag ist entweder unter Innehaltung der im Vertrag vorgesehenen Kündigungsfrist oder mangels einer derartigen Abrede gemäß § 92 Abs. I HGB unter Einhaltung der im Gesetz vorgesehenen Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluß eines Kalendervierteljahres kündbar [44]). Der vom Centralverband herausgegebene Normalvertrag [45]) sieht einen Vertragsabschluß auf bestimmte Zeit vor. Nach Ablauf dieses Zeitraums läuft der Vertrag auf unbestimmte Zeit weiter: Er verlängert sich jeweils um die gleiche Zeit, wenn er nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt wird [46]).

Liegt ein Vertragsverhältnis auf bestimmte Zeit vor, so bietet die Prüfung der Voraussetzungen des § 4 VglO keine Schwierigkeiten: Die Verpflichtung des Agenten geht in der Hauptsache auf Vermittlung bzw. Abschluß von Geschäften in der Vertragszeit, die des Geschäftsherrn in erster Linie auf Zahlung der Vergütung, deren typische Form die Provison ist [47]). Solange der auf bestimmte Zeit geschlossene Vertrag noch läuft, ist der Agent verpflichtet, weiterhin zu vermitteln oder abzuschließen, während den Geschäftsherrn die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung trifft. Beiden Parteien stehen mithin noch Erfüllungsansprüche zu, d. h. es liegt ein noch nicht erfüllter Vertrag im Sinne des § 4 VglO vor.

Bei dem auf unbestimmte Zeit laufenden Vertragsverhältnis müssen wir, wenn wir unseren Untersuchungen über

---

40) Inwieweit die Ansprüche des Agenten unter die Ausnahmebestimmung des § 4 VglO fallen, ist anschließend (S. 47 ff.) zu untersuchen.

41) Cahn in KuT 1927/148; Mayer zu § 4 A. 6; Mentzel KO § 17 A. 1; Salomon zu § 28 S. 55.

42) Vgl. oben S. 3 ff.

43) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 286 ff.

44) Staub § 92 A. 1 a.

45) Normalvertrag, Ausg. März 1932. Ein Abdruck dieses Normalvertrages (Ausg. August 1930) befindet sich bei Simons S. 93.

46) Auf denselben Erfolg läuft die von Schmidt-Rimpler S. 287 erwähnte Gestaltungsform, Abschluß auf unbestimmte Zeit unter Ausschluß des Kündigungsrechts für bestimmte Zeit hinaus.

47) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 101 ff.

den Dienstvertrag folgen, einen Trennungsstrich zwischen dem laufenden Vertragsabschnitt und früheren Vertragsabschnitten ziehen. Auf die laufende Vertragsperiode läßt sich § 4 VglO ohne weiteres anwenden: In dieser Vertragsperiode, der wir eine gewisse rechtliche Selbständigkeit zubilligen, hat der Agent noch abzuschließen bzw. zu vermitteln, während der Geschäftsherr noch die ihm obliegende Vergütung zu zahlen hat. Der Vertrag ist beiderseits noch nicht erfüllt.

Anders verhält es sich mit den verflossenen Vertragsabschnitten. Betrachtet man diese, wie das oben hinsichtlich des Dienstvertrages geschehen ist [48]) als selbständige Vertragsteile, so muß auch bei diesen Einzelverträgen jeweils das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 VglO geprüft werden. Regelmäßig werden Erfüllungsansprüche des Geschäftsherrn gegen den Agenten aus diesen Abschnitten nicht mehr vorliegen, weil der Agent seiner Verpflichtung, Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen nachgekommen sein wird. Dagegen werden öfters noch hinsichtlich vergangener Vertragsperioden gegen den Geschäftsherrn Ansprüche auf Zahlung der dem Agenten zustehenden Vergütung bestehen. Auch wenn der Agent seiner Verpflichtung Geschäfte zu vermitteln nicht oder nicht genügend nachgekommen sein sollte, sind Erfüllungsansprüche gegen ihn nicht mehr gegeben, da das Agenturverhältnis hinsichtlich des verflossenen selbständigen Vertragsabschnitts durch Zeitablauf erloschen ist [49]). (§ 620 BGB.)

Für den Agenturvertrag ergibt sich demnach das gleiche Ergebnis, das früher [50]) bezüglich des Dienstvertrages entwickelt worden war, daß nämlich der bei Vergleichseröffnung auf bestimmte Zeit laufende Agenturvertrag und ebenso der laufende Vertragsabschnitt des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages ein nicht erfüllter Vertrag im Sinne des § 4 VglO ist, daß hingegen die früheren Vertragsabschnitte des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Agenturvertrages nicht unter § 4 VglO fallen. Zu demselben Ergebnis kommen auch das Landgericht Wuppertal [51]), Kurt Jacusiel [52]) sowie ein in der „Post" vom 17. Oktober 1931 (S. 349) erschienener Aufsatz.

2. Eine andere Ansicht wird von Cahn [53]), Kiesow [54]), Levy [55]) und Weinberg-Manasse [56]) vertreten. Seitens dieser Schriftsteller wird ein Unterschied zwischen einem auf be-

---

[48]) Vgl. oben S. 20 ff.
[49]) Vgl. oben S. 23.
[50]) S. 23.
[51]) Landgericht Wuppertal in einem DHZ 1931/198 abgedruckten Beschluß.
[52]) Jacusiel Kurt in DHZ 1931/57 ff.
[53]) Cahn KuT 1932/31.
[54]) Kiesow § 29 A. 30 a.
[55]) Levy in KuT 1932/150.
[56]) Weinberg-Manasse § 4 A. 5 S. 56.

stimmte und einem auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag nicht gemacht. Kiesow und Weinberg-Manasse gehen davon aus, daß der Anspruch des Handlungsagenten auf Provision für jedes einzelne vermittelte Geschäft neu entstehe. (So besonders Weinberg.) Zur Begründung des Provisionsanspruchs müsse der Agent dartun, daß er das Geschäft zustande gebracht, also seinerseits erfüllt habe. Der Anspruch auf Provision sei mithin stets der Anspruch aus einem auf einer Seite voll erfüllten Vertrag und § 4 VglO könne niemals Anwendung finden. Weinberg-Manasse bezeichnen das Agenturverhältnis mit dieser Begründung geradezu als „Wiederkehrsschuldverhältnis". Die Einheitlichkeit der Vertragsbedingungen stehe dem nicht entgegen, da alle Wiederkehrsschuldverhältnisse einen einheitlichen Inhalt hätten. Auch Cahn hält den Agenturvertrag — offenbar also jeden derartigen Vertrag, gleichgültig ob er auf bestimmte oder unbestimmte Zeit läuft — für ein Wiederkehrschuldverhältnis.

3. Eine ähnliche Ansicht wird, wie bereits oben (S. 39) erwähnt wurde, auch von Kühlewein (ZBH 1932/20) vertreten. Nach seiner Ansicht ist der Agenturvertrag nur eine Art Vorvertrag, während die auf Grund dieses Vorvertrages erfolgende Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit des Agenten als Teilleistung anzusehen sei, durch die selbständige Einzelschuldverhältnisse begründet würden. Das entstehende Einzelschuldverhältnis enthalte neben den Verpflichtungen spezifisch dienstvertraglicher Art noch eine sogenannte Garantieverpflichtung. Der Agent schließe gleichzeitig mit dem Agenturvertrag einen Garantievertrag ab. „Beide bilden dann einen zusammengesetzten Vertrag, dessen an sich selbständige Teile von einander unabhängig seien." (Kühlewein S. 22 oben.) Der Teilagenturvertrag, d. h. das mit jeder Vermittlung oder mit jedem Abschluß entstehende selbständige Schuldverhältnis, sei von Seiten des Agenten erst dann erfüllt, wenn er nicht nur seiner Vermittlungsverpflichtung, sondern auch seiner Garantieverpflichtung, die bis zu dem Zeitpunkt reiche, in dem, die Provision gemäß § 88 I HGB verdient sei, nachgekommen sei. Von vollständiger Erfüllung im Sinne des § 4 VglO will also Kühlewein erst dann reden, wenn das zustandegekommene Geschäft auch ausgeführt ist, während für den Fall des § 88 I 2 sogar die Zahlung bereits erfolgt sein müßte.

4. Eine der Ansicht von Cahn, Kiesow, Levy und Weinberg-Manasse [56]) gerade entgegengesetzte Auffassung wird vom Landgericht in Köln [57]), Oberlandesgericht Köln [58]), dem Centralver-

---

[56]) Vgl. oben S. 48 und Anmerkungen 53—56.

[57]) Landgericht Köln Urteil vom 26. 10. 1931 — 25. 0. 177/31 — in DHZ 1931/393.

[58]) OLG Köln Urteil vom 10. Februar 1932 in DHZ 1932/97 = JW 1932/3790 Nr. 9.

verband Deutscher Handelsvertretervereine [59]), Levy-Düsseldorf, Vorchheimer [60]) und Schmitz [61]) vertreten.

Die Vertreter dieser Anschung machen keinen Unterschied in der vergleichsrechtlichen Behandlung derjenigen Agenturverträge, die bei Vergleichseröffnung auf bestimmte Zeit und derjenigen, die auf unbestimmte Zeit laufen. Sie sehen in jedem Falle in dem Agenturvertrag einen einheitlichen Vertrag, dessen Zerlegung in einzelne Vertragsperioden nicht zulässig sei. Jeder zur Zeit der Vergleichseröffnung noch laufende Agenturvertrag ist nach dieser Auffassung beiderseits noch nicht erfüllt: Der Agent sei noch verpflichtet, Geschäfte abzuschließen, während den Geschäftsherrn die Verpflichtung zur Zahlung der Provision träfe. Es lägen daher immer die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 4 VglO vor. Schmitz weist auch darauf hin [62]), daß der Agenturvertrag seiner ganzen rechtlichen Struktur nach ein einheitlicher Vertrag sei, der ein Ganzes bilde und als solcher erfüllt werden müsse. Während Gas, Wasser und elektrischer Strom jederzeit abbestellt werden könnten, könne der auf unbestimmte Zeit geschlossene Agenturvertrag nur zum Quartalsschluß unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gelöst werden. Schon aus diesem Grunde sei die Anwendung des Begriffs des Wiederkehrschuldverhältnisses auf den auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag nicht zulässig.

Am ausführlichsten hat sich das Oberlandesgericht Köln in dem bereits oben erwähnten Urteil vom 10. Februar 1932 [63])) mit der hier behandelten Streitfrage beschäftigt. Es lehnt eine Anwendung des Begriffs des Wiederkehrschuldverhältnisses auf den Agenturvertrag mit folgender Begründung ab:

> ... es läßt sich nicht rechtfertigen, den Vertrag durch Zerlegung in Zeitabschnitte zu teilen und die Ansprüche aus den Abschnitten verschieden zu regeln und teilweise einzuschränken. Aber die Anwendung des Begriffs des Wiederkehrschuldverhältnisses auf Dienstverträge ist überhaupt abzulehnen. Der Senat teilt die Auffassung von Mentzel (KO § 17 Bem. 4), daß von einer sich fort und fort erneuernden Wiederkehr allenfalls bei Lieferungsverträgen gesprochen werden könne und auch bei diesen nur dann, wenn der Vertrag mit nur einseitiger Bindung des Liefernden geschlossen ist, es also im Belieben des Abnehmers steht, ob, wann und wieviel er abnehmen will, wie z. B. bei Entnahme von Gas oder elektrischem Strom. Wenn die Rechtsprechung schon beim Sukzessivkauf eine Teilung des Vertrages ablehnt, so ist kein Grund ersichtlich, bei Dienstverträgen eine andere Regelung aufzustellen und bei ihnen die

---

[59]) DHZ 1932/306; Deutscher Handelsvertreter-Kalender 1932 S. 49 ff.
[60]) Levy-Düsseldorf in der „Post" 1931 Nr. 19.
[61]) Schmitz in DHZ 1931/58; 1931/393; 1932/97.
[62]) Schmitz in DHZ 1931/58.
[63]) OLG Köln in DHZ 1932/97 = 1932/37309.

Einheitlichkeit des Vertrages in Frage zu stellen. Im Gegenteil es entspricht regelmäßig der Absicht der Parteien, daß der Dienstvertrag einheitlich auf unbestimmte Zeit fortlaufen und gelten soll.

Eine Ausdehnung des Ausnahmebegriffes des Wiederkehrschuldverhältnisses auf Dienstverträge ist auch deshalb nicht gerechtfertigt und angebracht, weil die Vergleichsordnung in §§ 29, 30 besondere Vorschriften für die Dienstververträge aufstellt. § 29 VglO gibt dem Dienstberechtigten das Recht, das Dienstverhältnis ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen mit der Wirkung, daß der Dienstverpflichtete Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann und mit diesem Ersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Der Schuldner ist keineswegs wehrlos und nicht unter allen Umständen verpflichtet, den Dienstverpflichteten in voller Höhe zu befriedigen, vielmehr hat er es in der Hand, das Vertragsverhältnis zu kündigen und dadurch den Gegner auf das Vergleichsverfahren zu verweisen. Nur wenn er von diesem Recht — wie es vorliegend der Fall ist — keinen Gebrauch macht, verbleibt es bei der Regelung des § 4, wonach der Gegner am Verfahren nicht teilnimmt. Die Erwägung, daß im letzten Falle der Handlungsagent im Vergleichsverfahren günstiger stehe, als die Lidlohngläubiger im Konkurse des Dienstberechtigten Schuldners, muß falls sie überhaupt gerechtfertigt ist, zurückstehen hinter der Tatsache, daß § 29 VglO die Ansprüche aus dem Dienstvertrage gesondert und nach der Auffassung des Senats erschöpfend geregelt hat.

5. Für den Geltungsbereich der Geschäftsaufsichtsverordnung hat sich die gleiche Streitfrage nach der Behandlung der Ansprüche des Handlungsagenten ergeben. Auch die §§ 9 u. 13 GAVO sprechen von gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Ähnlich wie in der Vergleichsordnung war auch hier — allerdings nur für den Schuldner — die Möglichkeit gegeben, die Erfüllung derartiger Verträge abzulehnen. Es ergab sich daher auch damals die Frage wann der Agenturvertrag als noch nicht erfüllter Vertrag im Sinne der §§ 9, 13 GAVO anzusehen sei. Nach Schmidt-Rimpler [64]) werden von der Geschäftsaufsicht alle Provisionsansprüche aus Vermittlungen, die vor der Anordnung der Geschäftsaufsicht zu einem bedingten Provisionsanspruch geführt haben, betroffen, da hier der Handlungsagent den Vertrag seinerseits voll erfüllt habe, soweit sein Gegenanspruch in Frage komme. Hingegen sollen nicht betroffen werden alle Provisionsansprüche aus Vermittlungen, bei

---

[64]) Handlungsagent S. 311.

denen diese Voraussetzung fehlt, da in solchen Fällen weder der Geschäftsherr noch der Agent erfüllt habe.

Nach der Ansicht Goldschmidts [65]) werden diejenigen Geschäfte, die erst nach der Anordnung der Geschäftsaufsicht ausgeführt werden, von dem Verfahren nicht berührt [66]). Bei den vor Anordnung der Geschäftsaufsicht ausgeführten Geschäften unterscheidet Goldschmidt wiederum die Geschäfte, die in eine vor der Anordnung der Geschäftsaufsicht beendete Abrechnungsperiode fallen, von denjenigen, die in eine erst nach der Anordnung der Geschäftsaufsicht endigende Abrechnungsperiode fallen. Die Ansprüche der letzten Kategorie würden nicht betroffen, dagegen sei der Agent hinsichtlich der Ansprüche aus vor der Anordnung der Geschäftsaufsicht abzurechnenden Geschäften am Verfahren beteiligt.

Der von Cahn, Kiesow, Levy und Weinberg-Manasse vertretenen Ansicht [67]), daß der Provisionsanspruch des Agenten stets der Anspruch aus einem seitens des Agenten voll erfüllten Vertrage und daß das Agenturverhältnis ein Wiederkehrschuldverhältnis sei, das sich mit jedem Abschluß oder mit jeder Vermittlung erneuere, kann nicht beigetreten werden. Der Begriff des „Wiederkehrschuldverhältnisses", wie ihn Jaeger [68]) geprägt hat, umfaßt „Schuldverhältnisse, die kraft einer wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragabschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entstehen, also nicht ein für allemal begründet sind." Diese Gestaltung liegt dem Agenturvertrag nicht zugrunde: Nicht das Schuldverhältnis, sondern lediglich Provisionsansprüche entstehen durch den einzelnen Abschluß neu. Allerdings haben diese Provisionsansprüche mit dem Wiederkehrschuldverhältnis in der Entstehung manches gemeinsam [69]). Sie lassen sich aber nicht unter den Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses einordnen, da dieser ein Neuentstehen selbständiger Schuldverhältnisse erfordert [70]).

Die Auffassung dieser Autoren wird auch dem Wesen des Agenturvertrages als eine Dauerschuldverhältnisses nicht gerecht. Wie jeder auf Zeit abgeschlossene Dienstvertrag stellt auch der Vertrag mit dem Handlungsagenten ein sogenanntes Dauerschuldverhältnis dar. Er erlischt also nicht durch Erfüllung, sondern bewährt sich gerade in fortdauernder Erfüllung, um

---

65) Goldschmidt in DHZ 1924 S. 289.

66) Die Ansichts Goldschmidts berührt sich insofern im Ergebnis mit der von Kühlewein (ZBH 1932/20 ff.) vertretenen. (Vgl. oben.)

67) Vgl. oben S. 48 ff.

68) Jaeger KO § 17 A. 18 a.

69) Ullmann, (Der Einfluß), bezeichnet S. 6 ff. zutreffend derartige Ansprüche als „Wiederkehransprüche".

70) In dem einzelnen Provisionsanspruch könnte man allenfalls ein „unselbständiges Schuldverhältnis" sehen. (Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 54—55).

schließlich durch Zeitablauf zu erlöschen. (Vgl. oben S. 18—19.) Der Agent, der heute einen Abschluß vermittelt hat, hat hierdurch einen Akt der Erfüllung vollzogen. Er ist aber nach wie vor zur weiteren Erfüllung, d. h. zu weiterer Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit verpflichtet. Die einzelne Vermittlung oder Abschließung ist somit zwar Vertragserfüllung, trotzdem liegt aber, nachdem sie erfolgt ist kein erfüllter Vertrag vor. Zutreffend spricht auch Schmidt-Rimpler (Handlungsagent S. 311) nicht von einem erfüllten Vertrage, sondern nur davon, daß der Agent seinerseits voll erfüllt habe, „soweit sein Gegenanspruch in Frage komme." Indessen sind beim Vorliegen dieses eingeschränkten Tatbestandes m . E. die §§ 13, 9 GAVO — das gleiche gilt für die Bestimmungen der §§ 4, 28—30 VglO — nicht mehr anwendbar. Diese Vorschriften verlangen einen in jeder Beziehung voll erfüllten Vertrag. Dieser Anforderung genügt der noch laufende Agenturvertrag, bei dem auf beiden Seiten noch Erfüllungsansprüche bestehen, nicht.

Schließlich läßt sich die Auffassung der Tätigkeit des Agenten hinsichtlich des einzelnen vermittelten Geschäfts als eines selbständigen Schuldverhältnisses mit der Rechtsnatur des Provisionsanspruchs nicht vereinbaren [71]). Grundlage aller Ansprüche aus dem Agenturverhältnis, insbesondere der Provisionsansprüche ist der Agenturvertrag. In ihm wird des näheren festgelegt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Provisionsforderungen entstehen. Soll im Einzelfall ein Provisionsanspruch entstehen, so müssen jene Voraussetzungen vorliegen. Eine Selbständigkeit des Entstehungstatbestandes liegt demnach gerade nicht vor, sondern nur das einheitliche Agenturverhältnis und das Vorliegen der Voraussetzungen der Provisionsentstehung (durch den Agenten zustande gekommenes Geschäft) bringen den einzelnen Provisionsanspruch zum Entstehen [72]).

Will man an der von Kiesow [73]), Weinberg-Manasse [74]) und den mit diesen übereinstimmenden Autoren [75]) vertretenen Ansicht, wonach der Provisionsanspruch stets der Anspruch aus einem seitens des Agenten bereits voll erfüllten Vertrage sei, festhalten, so ist die folgende Auffassung denkbar: Man dürfte, wie dies auch neuerdings Kühlewein [76]) in seinem bereits mehrfach erwähnten Aufsatz [77]) versucht hat, den Agenturvertrag

---

71) Vgl. zum folgenden oben S. 63 ff.

72) So auch Schmidt-Rimpler in JW 30/1433 Nr. 4 (Anm.); Riesenfeld in JW 1931/758 Nr. 6; derselbe in LZ 1932 Sp. 1419 ff.; KG in JW 1932/3191 Nr. 9.

73) Kiesow § 29 A. 30 a.

74) Weinberg-Manasse § 4 A. 5 S. 56.

75) Vgl. oben S. 48 ff.

76) Kühlewein ZBH 1932/20 ff.

77) Vgl. S. 49.

lediglich als einen Vorvertrag auffassen. In diesem Falle ließe sich die Annahme von ebensoviel Einzelschuldverhältnissen, wie seitens des Agenten Vermittlungen oder Abschlüsse vorgenommen werden, möglicherweise halten. Es ergibt sich aber sofort die Frage, ob der auf Grund eines derartigen Vertrages Vermittelnde oder Abschließende noch Handlungsagent im Sinne des § 84 HGB ist. eine Frage, die verneint werden muß. Es würde bei ihm an dem Merkmal der Ständigkeit in der Betrauung [78]) fehlen, da in dem Vorvertrag dieses Begriffsmerkmal nicht gewahrt wäre. Die auf Grund eines derartigen Vorvertrages tätig werdende Person wäre nicht Agent, sondern Handelsmäkler.

Soweit die unter 3 (S. 49) erwähnte, von Kühlewein [79]) vertretene Ansicht [80]) den Agenturvertrag und die Tätigkeit hinsichtlich eines jeden Geschäftsabschlusses als selbständiges Schuldverhältnis auffaßt, gilt gegen sie das soeben gegen die Meinung von Kiesow und Weinberg-Manasse Gesagte [81]). Noch weniger kann der Konstruktion einer Garantieverpflichtung und eines Sicherungsvertrages, wie sie von Kühlewein durchgeführt wird, gefolgt werden. Der folgende Hinweis mag genügen: Die Garantieverpflichtung wird nach Kühlewein von dem Agenten in der Höhe der Provision übernommen. Der Agent garantiert also gewissermaßen dafür, daß der Geschäftsherr ihm, dem Agenten, die Provision nicht unnütz zu zahlen braucht. Nun bedarf aber der Geschäftsherr einer solchen Garantie nicht. Es gibt keine Vorschrift, die dem Agenten die Provision schon mit dem Abschluß des Geschäfts zubilligt. Wenn das abgeschlossene oder vermittelte Geschäft nicht ausgeführt wird, dann braucht der Geschäftsherr kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 88 Abs. 1 HGB keine Provision zu zahlen. Er braucht auch hierfür keinen Garanten: Sein Garant ist das Gesetz.

Die von Landgericht und Oberlandesgericht Köln, dem Centralverband Deutscher Handelsvertretervereine, Levy-Düsseldorf und Vorchheimer [82]) vertretene Ansicht sieht in jedem zur Zeit der Vergleichseröffnung laufenden Agenturvertrag einen noch nicht erfüllten Agenturvertrag. Bei einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Agenturverhältnis und ebenso hinsichtlich des laufenden Zeitabschnitts eines auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrages stimmt diese Ansicht mit der hier vertretenen [83]) überein. Bei dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Agenturvertrag stellen die früheren Vertragsabschnitte nach unserer Ansicht selbständige, bereits von einer Seite erfüllte Verträge dar, während die oben erwähnten Autoren in ihnen nur einen

---

78) Vgl. oben S. 5 ff.
79) Kühlewein ZBH 1932 20.
80) Vgl. oben S. 39.
81) Vgl. oben S. 52 ff.
82) Vgl. oben S. 49 ff.
83) Vgl. oben S. 47.

unselbständigen Teil des einheitlichen, von beiden Seiten noch nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages sehen. Diese Ansicht ist m. E. nicht zutreffend: Wie sich nämlich der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses auf den auf unbestimmte Zeit laufenden Pacht-, Miet- oder Dienstvertrag anwenden läßt, so ist derselbe auch auf den auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag anwendbar.

Lassen die beiden Parteien des Agenturvertrages bei dem auf unbestimmte Zeit laufenden Vertragsverhältnis den Termin, an dem eine Kündigung auf Grund vertraglicher Vereinbarung oder auf Grund des § 92 HGB möglich gewesen wäre, vorbeigehen, so bekunden sie durch ihr Stillschweigen ihren Willen übereinstimmend dahin, daß ein neuer Vertrag mit dem alten Inhalt abgeschlossen werden solle und daß dieser Vertrag bis zu dem Zeitpunkt laufen solle, zu dem die nächste Kündigung des Agenturvertrags möglich gewesen wäre. Abgeschlossen ist das Vertragsverhältnis zunächst nur für den ersten Vertragsabschnitt, und erst das Stillschweigen an dem Kündigungstermin eröffnet die Aussicht auf den neuen Vertragsabschnitt.

Der Auffassung des OLG Köln [84]), der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses sei auf Lieferungsverträge zu beschränken, kann nicht gefolgt werden. Jedes Schuldverhältnis läßt sich m. E. als Wiederkehrschuldverhältnis gestalten. Es kommt hierbei nicht auf den Inhalt der Leistung sondern lediglich auf die Art der Entstehung des Schuldverhältnisses an [85]).

Die Begründung mit der Schmitz [86]) die Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses ablehnt, ist ebenfalls nicht zutreffend, da es nicht darauf ankommt, ob die Leistungen jeder Zeit oder nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist abbestellt werden können. Wesentlich ist nur, daß die für die Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses erforderliche Art der Entstehung des Schuldverhältnisses gewahrt ist. Dies ist aber jedem Schuldverhältnis der Fall, das auf unbestimmte Zeit läuft und das Merkmal der sofortigen oder befristeten Lösbarkeit aufweist.

Wenn nach der Ansicht des OLG Köln eine Zerlegung des Agenturvertrags in Kündigungsabschnitte willkürlich sein soll, da es sich nicht rechtfertigen lasse, den Vertrag durch Zerlegung in Zeitabschnitte zu teilen und die Ansprüche aus den verschiedenen Abschnitten verschieden zu regeln und teilweise einzuschränken, so steht dem die Absicht der vertragschließenden Parteien entgegen. Der Parteiwille, der in erster Linie darüber zu befinden hat, ob ein einheitliches Schuldverhältnis

---

84) OLG Köln in JW 1932/3730 Nr. 9.
85) Das betont Ullmann KuT 1932/171 ff. und Ullmann, der Einfluß S. 5.
86) Schmitz in DHZ 1931/58 ff. Vgl. oben S. 50.

oder ein Wiederkehrschuldverhältnis gewollt ist [87]), geht, wie bereits oben [88]) dargelegt wurde, nur auf einen Einheitsvertrag auf bestimmte Zeit. Später kommt dann durch das Stillschweigen an den Kündigungsterminen der Wille zum Abschluß eines neuen, selbständigen Vertragsteils zum Ausdruck. Der Hinweis auf den Sukzessivlieferungsvertrag und seine vergleichsrechtliche Behandlung vermag nicht zu überzeugen, weil es sich bei dem Sukzessivkauf [89]) um einen einheitlichen Vertrag mit ratenweiser Lieferung handelt [90]), während gerade die Einheitlichkeit bei dem auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag nicht vorhanden ist.

Die Erwägung, daß der Vergleichsschuldner keineswegs wehrlos sei und durch Kündigung des Vertragsverhältnisses mit gerichtlicher Ermächtigung den Vergleichsschuldner hinsichtlich des wegen vorzeitiger Lösung des Agenturverhältnisses entstehenden Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung auf das Vergleichsverfahren verweisen könne, ist nur zum Teil zutreffend. Im Falle einer Kündigung mit gerichtlicher Ermächtigung wird zwar der Vertrag aufgelöst und der Agent hinsichtlich der Schadensersatzforderung dem Verfahren unterworfen. Nichts geändert wird aber an der Nichtbeteiligung des Agenten hinsichtlich der Provisionsansprüche aus früheren Vertragsabschnitten.

Es ergibt sich somit, daß den unter 2, 3 und 4 erwähnten Ansichten [91]) bezüglich der Behandlung der Beteiligung des Agenten am Vergleichsverfahren des Geschäftsherrn nicht gefolgt werden kann und daß die unter 1 im Anschluß an unsere Untersuchungen über den Dienstvertrag entwickelte Meinung den Vorzug verdient. Zutreffend stellt sie es in gewissem Sinne auf die Einheitlichkeit des auf bestimmte Zeit laufenden Agenturvertrags ab, vermeidet es aber, diesen Begriff der Einheitlichkeit, wie dies OLG Köln [92]) und Schmitz [93]) tun, zu überspitzen und ihn auf sämtliche Vertragsabschnitte des auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturverhältnisses anzuwenden. Durch die hier vertretene Ansicht wird gleichzeitig vermieden, daß für die Behandlung der Ansprüche des Agenten im Vergleichsverfahren seines Geschäftsherrn ein sich „isoliert und bevorzugt gestaltendes Ergebnis“ (Cahn KuT 1932/31) erzielt wird. Weiter-

---

87) OLG Celle in JW 1933 S. 928 ff.; Kiesow § 4 A. 19. Letzterer glaubt allerdings, daß mit dem Hinweis auf den Parteiwillen nicht viel gewonnen sei und will objektive Merkmale aufzeigen.

88) Vgl. oben S. 55.

89) Staub Anh. zu § 374 A. 135; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag in Gruchots Beiträgen 64/508 ff.

90) Über die Behandlung des Sukzessivlieferungsvertrages im Konkurs vgl. Jaeger KO § 17 A. 16 ff., im Vergleichsverfahren Kiesow § 4 A. 18.

91) Vgl. oben S. 48 ff.

92) OLG Köln JW 1932/3730 Nr. 9.

93) Schmitz DHZ 1931/58 ff.

hin zeigt sich, daß der Agenturvertrag trotz der erheblichen dogmatischen Unterschiede gegenüber dem Dienstvertrag mit Zeitentlohnung [94]) eine abweichende vergleichrechtliche Regelung nicht erheischt.

Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen:

Der zur Zeit der Vergleichseröffnung auf bestimmte laufende und ebenso der gegenwärtige Vertragsabschnitt des auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrages stellen noch nicht erfüllte Verträge im Sinne des § 4 VglO dar, während die früheren Vertragsabschnitte des auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturverhältnisses nicht mehr unter § 4 VglO fallen. Diese Grundsätze bewähren sich an allen Ansprüchen aus dem Vertragsverhältnis, also nicht nur an den Provisionsforderungen, sondern auch an den Forderungen auf Erstattung von Auslagen, die in gleicher Weise in dem zugrunde liegenden Agenturverhältnis ihren Entstehungsgrund haben.

Es kommt also nicht darauf an, worauf es Kühlewein (ZBH 1932/20) und Goldschmidt (DHZ 1924/298) abstellen, ob der Abschluß, aus dem der Provisionsanspruch resultiert, bereits ausgeführt ist oder nicht. Von Erheblichkeit ist nur, ob der Provisions- bzw. Auslagenanspruch aus einem Vertrag bzw. einem Vertragsabschnitt stammt, hinsichtlich dessen beide Parteien noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt haben.

Bei dem auf bestimmte Zeit laufenden Agenturvertrage ist der Agent somit hinsichtlich sämtlicher Ansprüche aus dem Agenturverhältnis, sei es Provision, seien es Auslagen, nicht beteiligt. Bei dem auf unbestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag ist es jeweils darauf abzustellen, in welchem Vertragsabschnitt die Forderung entstanden ist. Hierbei ist für die Provisionsforderungen der Zeitpunkt der bedingten Entstehung maßgebend.

III. Die Kündigung des Agenturverhältnisses nach § 29 VglO, ihre Wirkungen, sowie die Folgen der unterlassenen Kündigung.

Insoweit der Agent nicht beteiligt ist, gibt das Gesetz die bereits oben [95]) erwähnte Möglichkeit der Kündigung, um ihn in das Vergleichsverfahren hineinzuziehen.

Während die dem § 29 VglO entsprechende Vorschrift der Geschäftsaufsichtsverordnung, § 11 GAVO, eine Kündigungsbefugnis nur hinsichtlich der im Haushalt, Wirtschaftbetrieb oder Erwerbsgeschäft des Schuldners angetretenen Dienstverhältnisse gab und entsprechend ihrem Wortlaut auf Dienstverträge selbständiger Unternehmer wie der Handlungsagenten, nicht anwendbar war [96]), ist § 29 VglO nach seinem klaren Wort-

---

94) Vgl. hierüber oben S. 36 ff.

95) Vgl. oben S. 23 ff.

96) Gleicher Ansicht Cahn GAVO S. 116; Goldschmidt DHZ 1924/289; Schmidt-Rimpler S. 311.

laut auf alle Dienstverträge, also auch auf diejenigen, welche wie der Agenturvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, anzuwenden [97]).

Beiden Teilen, dem Agenten und dem Geschäftsherrn steht hiernach das Recht zu, mit gerichtlicher Ermächtigung den noch nicht erfüllten Agenturvertrag, also den bei Vergleichseröffnung auf bestimmte Zeit laufenden Agenturvertrag und bei dem auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrag den gegenwärtigen Vertragsabschnitt, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Schluß eines Kalendervierteljahres zu kündigen. Das Gesuch um die erforderliche Ermächtigung muß binnen zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses bei dem Vergleichsgericht angebracht werden.

Stellt der Handlungsagent einen entsprechenden Antrag, so wird demselben seitens des Vergleichsrichters in der Regel stattzugeben sein, wenn etwa der Agent dartut, daß ihm wegen der unsicheren Vermögensverhältnisse des Geschäftsherrn eine Fortführung des Agenturverhältnisses nicht zuzumuten ist.

Stellt der Geschäftsherr den Antrag auf Ermächtigung, so ist das Gericht an die im § 29 VglO erwähnten Voraussetzungen gebunden. Nur wenn die Erfüllung des Agenturvertrags das Zustandekommen oder die Ausführbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Kündigung dem Agenten keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt, darf dem Geschäftsherrn die Ermächtigung erteilt werden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist Tatfrage. Doch werden diese in den meisten Fällen nicht gegeben sein [98]). Die Verpflichtungen des Geschäftsherrn gegenüber dem Agenten werden im Verhältnis zu den sonstigen Passiven in der Regel recht gering sein, insbesondere deswegen, weil sich infolge der gegenwärtigen Wirschaftslage allgemein kurze Abrechnungsperioden von Vierteljahr zu Vierteljahr [99]) oder sogar von Monat zu Monat [100]) durchgesetzt haben, während bei längeren Abrechnungsperioden meistens Abschlagszahlungen geleistet werden [99]). Auch wird, wie Alfred Jacusiel [101]) zutreffend betont, der Agent darauf hinweisen können, daß „seine weitere Tätigkeit der vertretenen Firma zugute kommt und regelmäßig nur entsprechend ihrem wirklichen Wert und Erfolge zu vergüten ist, während der im Falle der Kündigung zu erhebende Schadensersatzanspruch für die vertretene Firma eine unproduktive Ausgabe bedeutet.“ Die zweite für die Ermächtigung erforderliche

---

[97]) Kiesow § 29 A. 24; Mayer zu § 29 A. 28, 31; Schmitz in DHZ 1931/58. a. M. Bendix zu § 29 Abs. 1 Nr. 1 a. E.

[98]) Alfred Jacusiel in DHZ 1931/102.

[99]) So § 5 des Normavertrages des Centralverbandes, Ausgabe August 1930, abgedruckt bei Simons S. 93 ff.

[100]) So § 5 des Normalvertrages der Ausg. März 1932.

[101]) DHZ 1931/102.

Voraussetzung wird ebenfalls in der Regel nicht vorliegen: Die vorzeitige Auflösung des Agenturvertrages wird dem Agenten vielmehr meist einen ganz erheblichen Schaden zufügen, da er nicht in der Lage sein wird, sich schnell eine gleichwertige Vertretung zu beschaffen. Indessen ist die soeben erwähnte Gestaltung lediglich eine typische, und es wird stets für den Einzelfall zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Ermächtigung vorliegen.

Wird dem Agenten oder dem Geschäftsherrn auf Antrag die Ermächtigung zur Kündigung erteilt, so kann nunmehr das Agenturverhältnis mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Ist im Vertrag ein Verzicht auf das Ermächtigungserfordernis ausgesprochen, so kann das Agenturverhältnis ohne Ermächtigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden. In beiden Fällen entsteht für den Agenten gemäß § 30 VglO ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Ist im Vertrag eine kürzere als die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart, so kann mit dieser Frist gekündigt werden, ohne daß es einer Ermächtigung bedarf. Ist hingegen von den Parteien eine Abrede dahin getroffen, daß die Vergleichseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn die sofortige Auflösung des Agenturverhältnisses zur Folge haben soll, so bedarf es einer Kündigung nicht mehr. In beiden zuletzt erwähnten Fällen entsteht für den Agenten kein Schadensersatzanspruch.

Die Kündigung hat gemäß § 29 VglO zur Folge, daß der Agenturvertrag zu dem Termin, zu dem die Kündigung ausgesprochen wurde, erlischt. Eine Vereinbarung zwischen dem Agenten und dem Geschäftsherrn, wonach die Vorschrift des § 29 VglO im Falle der Vergleichseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn nicht Platz greifen soll, kann nach unseren früheren Ausführungen nicht wirksam getroffen werden. Insoweit der Agent am Vergleichsverfahren nicht beteiligt ist, kann der aus den oben [102]) entwickelten Gründen auch seine freiwillige Beteiligung nicht herbeiführen. Dagegen kann er auf das ihm zustehende, im Falle der Konkurseröffnung zur abgesonderten Befriedigung berechtigende kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 369, 370 HGB verzichten und insoweit am Vergleichsverfahren teilnehmen.

Für das vorzeitige Erlöschen des Agenturverhältnisses entsteht dem Agenten ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und zwar auch dann, wenn der Agent selbst die Kündigung ausgesprochen hat. Für den Geschäftsherrn entsteht niemals ein Schadensersatzanspruch. Der Agent nimmt mit dem für ihn entstandenen Schadensersatzanspruch am Vergleich teil und wird von ihm betroffen. Eine entgegenstehende vertragliche

---

[102]) Vgl. oben S. 34 ff.

Vereinbarung wäre wirkungslos. Dagegen wird an der Nichtbeteiligung des Agenten hinsichtlich derjenigen Ansprüche, hinsichtlich derer er nach den früheren Ausführungen nicht beteiligt ist, auch durch die Kündigung nichts geändert.

Wird es unterlassen, innerhalb der Zweiwochenfrist die gerichtliche Ermächtigung zur Kündigung des Agenturverhältnisses einzuholen und dem Agenten zu kündign, so läuft der Vertrag oder der selbständige noch nicht erfüllte Vertragsabschnitt des auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrages weiter und sämtliche Ansprüche sind während seiner Dauer so zu erfüllen, wie wenn das Vergleichsverfahren nicht eröffnet wäre.

IV. Einzelfragen.

1. Die Behandlung der Provisionsansprüche aus den im Augenblick der Vergleichseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen.

Von den zahlreichen durch den Agenten vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften wird in der Regel ein Teil im Augenblick der Vergleichseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sein. Hinsichtlich dieser Verträge steht dem Vergleichsschuldner und seinem Vertragsgegner das Recht zu, die Erfüllung oder weitere Erfüllung gemäß § 28 VglO abzulehnen.

Bleiben die Parteien bei der Vertragserfüllung stehen, so ändert sich nichts an dem Provisionsanspruch des Agenten. Die bisher aufschiebend bedingte Provisionsforderung entsteht mit der Ausführung des Geschäfts unbedingt, und es greifen bezüglich Beteiligung oder Nichtbeteiligung die oben [103]) entwickelten Grundsätze Platz. Da es nicht auf den Zeitpunkt der unbedingten Entstehung sondern auf den der bedingten Entstehung abzustellen ist, ist der Agent auch hinsichtlich dieser Ansprüche nicht beteiligt, wenn der Agenturvertrag auf bestimmte Zeit läuft oder wenn die Vermittlung oder der Abschluß in dem gegenwärtigen Vertragsabschnitt eines auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrages erfolgte, hingegen beteiligt, wenn das provisionspflichtige Geschäft bereits in einer früheren Vertragsperiode eines auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrages zustande kam.

Wird die Erfüllung oder weitere Erfüllung des zwischen dem Geschäftsherrn und dessen Vertragsgegner schwebenden Vertragsverhältnisses von der einen oder anderen Vertragspartei mit gerichtlicher Ermächtigung gemäß § 28 VglO abgelehnt, so ist die aufschiebende Bedingung, unter der der Provisionsanspruch des Agenten entstanden war, ausgefallen, d. h. es besteht gemäß § 88 Abs. 1 HGB ein Provisionsanspruch des

---

[103]) Vgl. oben S. 57.

Agenten nicht. Indessen läßt sich der Provisionsanspruch des Agenten in diesem Fall aus § 88 Abs. 2 HGB rechtfertigen:

Lehnt der Geschäftsherr die Erfüllung oder weitere Erfüllung des Vertragsverhältnisses ab, so sind in jedem Falle die Voraussetzungen des § 88, II HGB gegeben. In der Erfüllungsablehnung durch den Geschäftsherrn ist ein Verhalten zu erblicken, durch welches die Nichtausführung des Geschäfts in freier Entschließung herbeigeführt wird [104]) [105]).

Lehnt der Vertragsgegner des Geschäftsherrn die Erfüllung ab, so ist der Provisionsanspruch dem Agenten ebenfalls zuzubilligen. Zwar kann man hier nicht in der Erfüllungsablehnung das auf freiem Entschluß beruhende Verhalten erblicken; wenn man aber weiter zurückgeht, so liegt bereits in dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Ursache für die jetzt seitens des Vertragsgegners erfolgende Erfüllungsablehnung. Auch hier liegt also ein „freier Entschluß" vor, der für die Nichtausführung des Geschäfts ursächlich geworden ist.

2. Ansprüche des Agenten aus Geschäften, die erst nach der Vergleichseröffnung zustandekommen.

Da im Gegensatz zum Konkursverfahren die Eröffnung des Vergleichsverfahrens das Agenturverhältnis nicht zum Erlöschen bringt, bereitet die Behandlung derjenigen Provisionsansprüche, die nach der Vergleichseröffnung entstehen, keine Schwierigkeiten. Da diese Ansprüche entweder im Rahmen eines auf bestimmte Zeit laufenden Vertrages oder in dem laufenden Abschnitt eines auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrages entstehen, so handelt es sich bei diesen Ansprüchen immer um Ansprüche aus einem noch nicht erfüllten Vertrage. Der Agent ist also in Bezug auf diese Ansprüche, die Kiesow als „Neuforderungen" bezeichnet, ebenfalls nicht beteiligt und wird nicht vom Vergleich betroffen.

3. Die Rechtslage bei Teilleistungen seitens des Geschäftsherrn.

Häufig werden im Augenblick der Vergleichseröffnung auf Seiten des Geschäftsherrn Teilleistungen in der Weise erfolgt

---

104) Dieses Erfordernis wird für § 88, II HGB allgemein aufgestellt. (Vgl. RG 63/69 ff.; Schmidt-Rimpler S. 147; Staub 14. Aufl. 1933 § 88 A. 10 u. 11.)

105) Für den Konkurs vertritt das RG die gegenteilige Meinung, weil hier die weitere Erfüllung nicht von der Entschließung des Gemeinschuldners, sondern von der des von diesem unabhängigen Konkursverwalters abhänge. Diese Ansicht kann im Vergleichsverfahren nicht vertreten werden, da hier die Erfüllungsablehnung vom Vergleichsschuldner selbst ausgesprochen wird.

sein, daß der Geschäftsherr dem Agenten Abschlagszahlungen auf bereits entstandene aber noch nicht abgerechnete Provisionsforderungen hat zukommen lassen. Übersteigen diese Zahlungen des Geschäftsherrn die Ansprüche, hinsichtlich deren der Agent nicht am Vergleichsverfahren beteiligt ist, so findet eine Anrechnung auf die infolge der vorzeitigen Vertragsabwicklung für den Agenten entstehenden Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung statt. Übersteigen die Abschlagszahlungen diese Forderung oder ist eine Schadensersatzforderung aus irgend welchen Gründen nicht entstanden, so ist der Agent zur Herausgabe des überschießenden Betrages auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet.

C. Der Einfluß des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn auf den Agenturvertrag nach dem amtlichen Entwurf einer VglO.

Nach Abschluß der vorliegenden Abhandlung erscheint der amtliche Entwurf einer Vergleichsordnung [1]). Auf die Abweichungen des Entwurfs (Entw.) von dem geltenden Gesetz ist bereits in den Anmerkungen kurz hingewiesen worden.

Dem § 4 VglO entspricht § 36 Entw. Allerdings weist diese Bestimmung insofern eine Abänderung auf, als nach dem Entwurf der Gläubiger für den bei Eröffnung des Verfahrens bereits bewirkten Teil einer teilbaren Leistung am Verfahren teilnimmt und vom Vergleich betroffen wird (§ 36 II Entw.). Hierdurch sollen die bei dem bisherigen Wortlaut des Gesetzes auftretenden unbilligen Ergebnisse bei den sogenannten Sukzessivlieferungsverträgen [2]) vermieden werden [3]).

Auf den Agenturvertrag ist indessen die Vorschrift des § 36 II Entw. nicht anwendbar. Es liegt hier keine teilbare Leistung vor, da die auf Grund des Agenturvertrages erfolgenden Vermittlungen und Abschließungen keine Teilerfüllungen darstellen [4]). Diese Ansicht steht auch mit der Begründung [5]) in Einklang. Hiernach soll in Zukunft im Vergleichsrecht lediglich die unterschiedliche Behandlung von Wiederkehrschuldverhältnissen und Sukzessivlieferungsverträgen nicht aber den sonstigen Einheitsverträgen entfallen.

---

[1]) Entwurf einer VglO, EG und Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1933.

[2]) Vgl. besonders die eindringlichen Darlegungen bei Weinberg-Manasse 4. Aufl. § 4 A. 1.

[3]) So der Entw. in der amtlichen Begründung S. 44 ff. sowie Vogels in JW 1933/994.

[4]) So für den Dienstvertrag Gierke in Jherings J. 64 S. 364—367.

[5]) Begründung S. 44—47.

Ebenso wie § 50 Entw., der dem § 28 VglO entspricht, gibt auch die dem § 29 VglO entsprechende Vorschrift des § 51 Abs. II Entw. — im Gegensatz zu der geltenden Regelung — nur dem Schuldner ein Recht zur vorzeitigen Vertragslösung, sodaß nur der Geschäftsherr unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist sich von dem Vertrag lossagen kann. Zugunsten des Agenten entsteht hierdurch gemäß § 52 Entw. ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Der Entwurf entscheidet auch einige der im Rahmen dieser Untersuchung erörterten Streitfragen. So ergibt sich aus § 50, II Entw. der von einer „vorgängigen Ermächtigung" spricht, daß der Vergleichschuldner die Erfüllungsablehnung und Kündigung erst nach erfolgter Ermächtigung wirksam erklären kann. Dieselbe Vorschrift bestimmt, daß der Ermächtigungsbeschluß dem Schuldner, dem Vergleichsverwalter und dem Vertragsgegner zuzustellen ist und daß der Schuldner binnen zwei Wochen nach Zustellung, spätestens jedoch bis zur Abstimmung über den Vergleichsvorschlag von der Ermächtigung Gebrauch gemacht haben muß. Schließlich besagt § 53 Entw. in Übereinstimmung mit der bisherigen herrschenden Meinung, daß die Vertragsteile sich auf eine Abrede durch die Anwendung der §§ 50—52 Entw. im voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, nicht berufen können.

Sollte der Entwurf in der vorliegenden Form Gesetz werden, so werden sich auf Grund der §§ 36, 50—52 Entw. für die Behandlung des Agenturvertrages im Vergleichsverfahren des Geschäftsherrn die gleichen Fragen, insbesondere die Frage, wann der Agenturvertrag ein nicht erfüllter Vertrag im Sinne der §§ 36, 51 ist, ergeben. Für die Entscheidung dieser Fragen werden auch weiterhin die hier entwickelten Grundsätze Geltung haben.

Lebenslauf.

Ich bin am 14. Juni 1909 geboren. Von Ostern 1915 besuchte ich das Johannes-Gymnasium zu Breslau und legte Ostern 1927 dort die Reifeprüfung ab. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften in Breslau und legte am 2. Mai 1932 vor dem Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 28. Juli 1933 beendigte ich das Rechtsstudium mit der Ablegung der mündlichen Doktorprüfung.

Breslau, im Juli 1933.